



REVISTA

Judiciária, DO PARANÁ

ANO VII - NOVEMBRO 2012

Bonijuris
Editora

4

REVISTA
JUDICIÁRIA
DO PARANÁ

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor Responsável
Luiz Fernando de Queiroz

AMAPAR

FICHA TÉCNICA

Revista Judiciária do Paraná

Ano VII, n. 4, Novembro 2012

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli –
Larissa Matioski Brasil – Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção Editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Editoração Gráfica: Jéssica Regina Petersen – Lianara de Simas de Mattos

Capa: Priory

Projeto Gráfico: BPM Multi

Versão Online: Caetano de Souza Lima

www.amapar.com.br

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Edição, Publicação e Distribuição

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

www.bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do
Paraná. — v. 1, n. 1 — , (jan. 2006) — . — Curitiba :
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL

Revista **Judiciária** do Paraná

Conselho Executivo

Presidente

Fernando Swain Ganem

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Membros

Denise Krüger Pereira

Evandro Portugal

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Rosana Andriguetto de Carvalho

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial

Albino de Brito Freire

Anita Zippin

Cláudia Lima Marques

Clèmerson Merlin Clève

Edson Ferreira Freitas

Fernando Antônio Prazeres

Ives Gandra da Silva Martins

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Wanderlei Rezende

Juarez Cirino dos Santos

Laurentino Gomes

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Manoel Caetano Ferreira Filho

Mário Frota

René Ariel Dotti

Ricardo Hasson Sayeg

Roberto Portugal Bacellar

Teresa Arruda Alvim Wambier

Patrocinador

ABRAPP

(Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar)

AMAPAR – Associação dos Magistrados do Paraná

Diretoria

Presidente Fernando Swain Ganem, *1º Vice-Presidente* Frederico Mendes Júnior, *2º Vice-Presidente* Hélio César Engelhardt, *3º Vice-Presidente* Marcos José Vieira, *4º Vice-Presidente* Carmen Lúcia Rodrigues Ramajo, *5º Vice-Presidente* Haroldo Bernardo da Silva Wolff, *6º Vice-Presidente* Sérgio Luiz Kreuz, *1º Secretário* Diego Santos Teixeira, *2º Secretário* Cristina Trento, *1º Tesoureiro* Luiz Cezar Nicolau, *2º Tesoureiro* Léo Henrique Furtado Araujo, *Diretores Executivos* Fábio Ribeiro Brandão, Noeli Salette Reback, João Luís Manassés de Albuquerque, Geraldo Dutra de Andrade Neto, Antônio José Carvalho da Silva Filho, Jurema Carolina da Silveira Gomes, Luiz Fernando Tomasi Keppen, Lídia Munhoz Mattos Guedes, *Apoio e Valorização ao Magistrado* Ronaldo Sanso Guerra

Departamentos

Segurança Carlos Henrique Licheski Klein, *Boas Práticas* Joeci Machado Camargo, Suzana Massaki Hiramal L. de Oliveira, Vanessa Aparecida Pelhe Gimenez, Diego Santos Teixeira, *Aposentados* Wagner José Coltro, *Assuntos Institucionais* Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra, *Assuntos Legislativos* Fábio Bergamin Capela, *Assuntos Previdenciários* Marco Antonio da Cunha Araújo, *Comunicação Social* Rogério Ribas, *Vice-Diretor* Marcelo Pimentel Bertasso, *Convênio* Francisco Carlos Jorge, *Cultural – Diretor* Evandro Portugal, *Membros* Mariana Gluscynski Fowler Gusso, Flávia da Costa Viana, Fernanda Karam de Chueiri Sanches, *Divulgação e Revista* Joatan Marcos de Carvalho, *Esportes* Luiz Taro Oyama, *Atletismo* Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira, *Futebol* Davi Pinto de Almeida, *Informática* Rui Portugal Bacellar, *Integração – Curitiba, RMC e Litoral* Nilce Regina Lima, *Integração – Interior* Laryssa Angélica Copack Muniz, *Direitos Humanos* Oswaldo Soares Neto, *Memória e Arquivo* Chloris Elaine Justen de Oliveira, *Motociclismo* Edgard Fernando Barbosa, *Mútua* Themis Almeida Furquim Cortes, *Obras – Diretor* Alexandre Barbosa Fabiani, *Obras – Vice-Diretor* Horácio Ribas Teixeira, *Ouidoria* Rosicler Maria Miguel Vigna Mandorlo, *Patrimônio* Fernando Ferreira de Moraes, *Pensionistas* Marília de Oliveira Viel, *Planejamento Estratégico* Fábio André Santos Muniz, *Recursos Humanos* Maria Roseli Guiesmann, *Sersocial – Diretor* Joel Pugsley, *Sersocial – Membros* José Luiz Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz Gutmann, *Social* Fabiane Pieruccini, *Vices* Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, Andréa Fabiane Groth Busato, *Tênis – Diretor* Wilson José de Freitas Junior, *Vice-Diretor* André Carias de Araújo

Sedes

Colombo – Vice-Diretor José Luiz Dosciatti, Foz do Iguaçu – Diretor Geraldo Dutra de Andrade Neto, Vice-Diretor Nicola Frascati, Guaratuba – Diretor Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch, Vice-Diretor Giovanna de Sá Rechia, Londrina – Diretor Ademir Ribeiro Richter, Maringá – Diretor Antônio Mansano Neto, Maringá – Vice-Diretor José Camacho Santos, Pilarzinho – Diretor Sílvio Binhara, Vice-Diretor Romero Tadeu Machado, Piraquara – Diretor Marcos Vinícius Schiebel, Vice-Diretor Vitor Roberto Silva, Ponta Grossa – Diretor Fábio Marcondes Leite, Vice-Diretor João Campos Fischer

EMAP

Diretor Geral Joscelito Giovani Cé, Supervisor Pedagógico José Laurindo de Souza Netto, Coord. Geral de Cursos Luciano Campos de Albuquerque, Coord. Formação Inicial Luciano Campos de Albuquerque, Curitiba – Diretor Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, Cascavel – Diretor Rosaldo Elias Pacagnan, Foz do Iguaçu – Diretor Marcos Souza Lima, Maringá – Diretor William Artur Pussi, Ponta Grossa – Diretor Guilherme Frederico Hernandez Denz, Umuarama – Diretor Maira Junqueira Moretto Garcia

JUDICEMED

Presidente Fernando Swain Ganem, Vice-Presidente Luciano Carrasco Falavinha Souza, Diretor Financeiro Luís Carlos Xavier, Diretor Administrativo Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra, Conselho Fiscal – Presidente Valter Ressel, Membros Marco Antônio Massaneiro, Raul Vaz da Silva Portugal, Suplente Michela Vechi Saviato, Conselho Gestor Antônio Renato Strapasson, Hayton Lee Swain Filho, Shiroshi Yendo, Fabiane Pieruccini.

Associação dos Magistrados do Paraná

Av. Cândido de Abreu, 1130 – 9º Andar – Palácio da Justiça

CEP: 80.530-912 Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

SUMÁRIO

11 APRESENTAÇÃO

ANÁLISE

- 15 **O Capital Financeiro, o ‘Crime Sistêmico’ e as Ameaças à Democracia**
ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES
-

DOCTRINA

- 65 **Unanimidade de Estados e Distrito Federal para a Concessão de Estímulos Fiscais – Cláusula Pétreia Constitucional**
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
- 87 **O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje (O Problema da Substituição Recursal)**
JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO
- 97 **A Penhora Online na Execução Fiscal à Luz do Princípio da Proporcionalidade e da Teoria do Diálogo das Fontes**
EUGÊNIO ACHILLE GRANDINETTI
CRISTIANE IWAMOTO
- 125 **O Projeto de Reforma do Código Penal**
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS
- 135 **A Capacidade de Exercício no Direito no Canadá**
LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE
- 153 **Da Relação dos Princípios da Precaução e da Informação com Alimentos Transgênicos**
DENISE HAMMERSCHMIDT
AMANDA REIS

- 181 **A Reparação do Dano Ambiental e a Questão da Prescrição**
ROGÉRIO RIBAS
- 189 **Os Fundos de Pensão e o Código de Defesa do Consumidor**
JAIME LUIZ VICARI
- 201 **Poder Judiciário, Políticas Públicas e Administração da Justiça**
TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO
- 231 **O Instituto do Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos sob o Prisma da Administração**
MARIANA DA COSTA TURRA BRANDÃO
-

EM DESTAQUE

- 241 **Ministro Carlos Thompson Flores (Centenário do seu nascimento)**
CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
- 269 **Algumas Anotações sobre o Último Acordo Ortográfico**
ALBINO BRITO FREIRE
-

JURISPRUDÊNCIA

- 273 **Ementário do TJPR**
Administrativo, 275
Civil, 281
Criminal, 286
Processo Civil, 290
Tributário, 293
- 297 **Súmulas do TJPR**

APRESENTAÇÃO

Com a denominação ‘Revista Judiciária do Paraná’ chega ao seu quarto número a revista da Associação dos Magistrados.

Em sua fase inicial, foi editada de 1974 a 1994 e dava ênfase à jurisprudência paranaense: o primeiro número foi lançado durante a presidência de Marino Bueno Brandão Braga, com a redação dos desembargadores Assad Amadeu Yassim, Negi Calixto e Vicente Troiano Netto, e o último sob a batuta de Sidney Mora, com supervisão de Rubens Bittencourt.

A revista deixou de ser publicada em 1994 e voltou a circular em 2006 sob orientação de José Maurício Pinto de Almeida e presidência de Gilberto Ferreira, que a renomeou com o propósito de torná-la o órgão de divulgação da Magistratura Paranaense, agora com destaque à produção doutrinária.

Na gestão de Paulo Roberto Vasconcelos e coordenação de Jorge de Oliveira Vargas, foi produzida uma versão exclusivamente digital, em CDs que foram distribuídos aos associados.

Sob a presidência de Gil F.P.X.F. Guerra e direção de Joatan Marcos de Carvalho, confeccionou-se o segundo volume da nova fase; o número três, muito embora tivesse sido entregue à gráfica durante essa gestão, acabou vindo a lume somente no início do mandato de Fernando Swain Ganem.

Na atual diretoria ampliou-se sobremaneira a distribuição da RJP, que passou a ser expedida a todos os associados e encaminhada a associações de magistrados do país, tribunais estaduais, regionais e superiores, escolas de magistratura e outros órgãos dos poderes constituídos e da sociedade civil.

A partir deste número a revista passa a ter um projeto gráfico mais definido, com a reestruturação integral na forma de exposição das matérias e, também, de sua apresentação externa; ajusta-se ligeiramente o seu tamanho, estabelecendo-se um número fixo de 288 ou 304 páginas para cada edição.

Nesta nova etapa a *Revista Judiciária do Paraná* terá uma tiragem mínima de cinco mil exemplares, com miolo em duas cores. E, o que é mais relevante, ganhará estabilidade ao passar a ser editada pela conceituada Editora Bonijuris, com a regularidade de duas edições anuais, sempre em maio e novembro de cada ano.

Além disso, o Conselho Editorial e o Conselho Executivo foram ampliados e a obra passa a contar com ISSN, código de barras e ficha catalográfica, sem esquecer que a RJP pode ser acessada online através de página no portal da Amapar, o que facilita a utilização dos textos, já que o conteúdo pode ser baixado.

Resta, enfim, agradecer o inestimável apoio que temos recebido do nosso presidente, do presidente do TJPR, do diretor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), dos membros do Conselho Editorial e do Conselho Executivo, dos autores e dos dedicados funcionários da Amapar.

Agradecemos, ainda, o apoio recebido da Plural Editora, da Abrapp (Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar), da Editora JM e da Imprensa Oficial do Paraná, sem os quais teriam sido inviáveis as três primeiras edições.

Finalizando, gostaríamos de agradecer, igualmente, à Editora Bonijuris, na pessoa de seu diretor, Luiz Fernando de Queiroz, pelo profissionalismo e desprendimento com que vem apoiando a iniciativa, na certeza de que esta parceria conduzirá à concretização de nossos objetivos editoriais.

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor da RJP

Fernando Swain Ganem

Presidente da AMAPAR

ANÁLISE

O CAPITAL FINANCEIRO, O 'CRIME SISTÊMICO' E AS AMEAÇAS À DEMOCRACIA*

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES**

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

EXCERTOS

“Apesar da situação excepcional que se vive na Europa e do sofrimento dos seus povos, ninguém deu conta de que existe uma instituição chamada Parlamento Europeu”

“A igualdade entre os estados-membros, apesar de consagrada nos tratados, foi completamente esquecida, porque tudo é decidido em função dos interesses ‘imperiais’ e dos calendários eleitorais da Alemanha”

“As razões de alarme quanto à vida democrática na Europa do capital vêm-se acentuando à medida que vai ficando claro que quem governa a ‘Europa’ são os chamados “mercados”, os grandes conglomerados financeiros, os especuladores ‘viciados’ nos jogos de casino e organizados como os cartéis do crime, que Jacques Chirac classificou em 1995, na sequência da crise que teve como protagonista o peso mexicano, como ‘a aids da economia mundial’”

“Os dirigentes dos ‘países dominantes’ sabem muito bem onde nasce o rio das nossas desgraças, porque eles estão entre os que alimentam o caudal deste rio de águas turvas”

“A Comissão Europeia sabe perfeitamente que os programas de austeridade impostos aos povos da Europa se destinam a arranjar dinheiro (confiscado a quem trabalha) para entregar de mão beijada à mesma banca que vem dando exemplos atrás de exemplos de comportamentos escandalosos e de atividades criminosas”

“E o estado capitalista – agora ostentando a máscara de estado garantidor (ou estado garantia) – aí está, forte contra os fracos, e fraco, submisso e cúmplice perante os grandes senhores do capital financeiro”

*** Outras qualificações do autor**

Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Doutor Honoris Causa pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Membro correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro dos Conselhos Consultivo ou Editorial da Revista da Universidade Federal do Paraná, da Quaestio Iuris (Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro), da Revista da Faculdade de Direito da USP e da Revista de Direito do Estado, editada pela Renovar, sob a direcção do Prof. Doutor Luís Roberto Barroso.

O chamado *défice democrático* como vício estrutural do processo de integração europeia vem sendo denunciado praticamente desde o seu início com o *Tratado de Roma* (1957), como se se tratasse de um ‘pecado original’: “A história da construção europeia é, como sabemos, também a história do seu *défice democrático*”¹.

Em trabalhos anteriores tenho procurado mostrar que esta *Europa do capital*, construída sem a participação democrática dos cidadãos e dos povos da Europa nos processos de discussão e de decisão, foi construída “à porta fechada”, “ignorando sempre a população” (Habermas), e construída, por isso mesmo, nos seus pontos essenciais, contra os interesses dos povos europeus: esta Europa é tudo menos um espaço solidário, é tudo menos uma entidade que respeite a *vontade dos cidadãos*, a *dignidade dos povos* da Europa e a *igualdade* entre os estados-membros soberanos².

A história do processo de construção desta *Europa do capital* mostra, com efeito, que ela assentou sempre numa atitude de *reserva mental* (escamoteando aos povos da Europa o verdadeiro significado da cada passo dado), na *política do fato consumado* (há quem fale de *método Monnet*), na “mentira política institucionalizada, na hipocrisia, no ilusionismo e na abdicação generalizada da vontade”³. Nunca (ou muito raramente, porque gato escaldado de água fria tem medo...) foi dada a palavra ao povo, com o argumento (profundamente antidemocrático e totalitário) de que o povo não percebe o que está em causa e não tem capacidade para perspectivar o futuro, insinuando estes ‘*déspotas pseudoesclarecidos*’, numa atitude profundamente antidemocrática e totalitária, que, se certas decisões (as mais importantes para a vida dos povos) ficassem dependentes da vontade popular, a história nunca avançaria.

As debilidades da democracia interna na ‘Europa’ já tinham ficado claras quando a Alemanha, desrespeitando aquela que era a opinião largamente dominante dos estados-membros da UE, estimulou a separação da Croácia e da Eslovénia da Federação Jugoslava e avançou, unilateralmente e quase de surpresa, com o reconhecimento da independência da Croácia, ateando o rastilho da guerra fratricida entre os povos da península balcânica.

A democracia representativa foi posta à prova por ocasião da invasão do Iraque. Os estudos de opinião mostraram que mais de 80% dos cidadãos do RU e da Espanha eram contrários à declaração de guerra contra o povo iraquiano. Os governos destes dois países (um trabalhista, outro conservador) resolveram, porém, fazer o contrário

do que queriam os seus povos. E tiveram o apoio do Parlamento inglês e das Cortes espanholas.

A mesma democracia representativa ficou em xeque quando se tratou de fazer aprovar a chamada *Constituição Europeia* (CE). Na França, como na Holanda, os partidos no governo e os principais partidos da oposição (neste caso, partidos socialistas) aprovaram nos respectivos parlamentos, por larguíssima maioria, o texto da dita ‘Constituição’ e fizeram campanha juntos a favor do SIM, por ocasião dos referendos realizados em 2005 em ambos os países. Mas o povo francês e o povo holandês desautorizaram os seus parlamentos, votando NÃO.

Conhecido o resultado do referendo, o presidente Jacques Chirac teve o bom senso de afirmar: “Os cidadãos dizem não à Europa porque recusam a Europa como ela é.”⁴ O respeito pela vontade dos povos imporia que se arrepiasse caminho e se começasse a construir uma Europa diferente da que tinha sido construída até então. Em vez disso, os dirigentes europeus continuaram afanosamente a dar corpo a uma Europa ainda pior do que ela já era.

O *Tratado de Lisboa* (assinado na capital portuguesa em dezembro/2007) é a confissão solene de que os seus construtores querem impor “a Europa como ela é”, ainda que contra a vontade dos povos europeus. Apesar de, em vários países, os ‘partidos do arco do poder’ terem prometido submetê-lo a referendo, esta promessa não foi cumprida (como vem sendo apanágio destas democracias representativas...). Porque, como todos os dirigentes europeus proclamaram, este novo tratado mantém tudo o que era a essência da ‘falecida’ Constituição Europeia, salvo o nome. Por isso o fizeram aprovar longe da ‘população’, no ambiente ‘amigo’ e ‘confortável’ dos parlamentos nacionais, fartinhos de saber que “os cidadãos (...) recusam a Europa como ela é”, a Europa tal como constava da CE.

Logo que a crise iniciada nos EUA em 2007 chegou à Europa e se abriu a crise do euro, a UE e as instituições comunitárias desapareceram de cena. O referido *défice democrático* vem-se agravando perigosamente: nem os povos, nem os parlamentos nacionais, nem sequer o Parlamento Europeu são ouvidos quando se trata de decisões importantes. Apesar da situação excepcional que se vive na Europa e do sofrimento dos seus povos, ninguém deu conta de que existe uma instituição chamada Parlamento Europeu. A Comissão Europeia e os seus mais altos dirigentes têm falado pouco e ninguém os ouve. E têm feito ainda menos,

porque tudo se foi resolvendo (ou nada se resolveu) à margem das instituições comunitárias (e, sobretudo, dos povos da Europa), no âmbito das *relações intergovernamentais*, segundo a correlação de forças reinante, por imposição da então dupla Merkel/Sarkozy (os *mercozis*, que, em boa verdade, já só falavam em alemão). O normal funcionamento dos órgãos colegiais da UE deu lugar ao que Habermas chama de “intergovernamentalismo dos chefes do euro-clube, que atuam nos bastidores”⁵. A igualdade entre os estados-membros, apesar de consagrada nos tratados, foi completamente esquecida, porque tudo é decidido em função dos interesses ‘imperiais’ e dos calendários eleitorais da Alemanha.

O modo como foi aprovado o estranho *Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária* e o *Mecanismo Europeu de Estabilidade* mostra, como se verá mais à frente, que os fiéis do “pensamento único euro-beato” (Jacques Génèreux) não hesitaram em recorrer a este “golpe de estado europeu” (R.-M. Jennar), confirmando que pretendem continuar, na mesma via antidemocrática, a edificar uma *Europa imperialista*, ao sabor dos interesses do grande capital financeiro, o contrário de uma Europa assente na *cooperação* entre estados-membros com estatuto de igualdade, na *participação democrática* dos cidadãos europeus na definição do seu futuro, respeitadora dos direitos e da *dignidade* dos trabalhadores, dos povos e dos estados da Europa.

A democracia representativa foi posta à prova por ocasião da invasão do Iraque

2. Mas as razões de alarme quanto à vida democrática na *Europa do capital* vêm-se acentuando à medida que vai ficando claro que quem governa a ‘Europa’ são os chamados “mercados”, os grandes conglomerados financeiros, os especuladores ‘viciados’ nos jogos de casino e organizados como os cartéis do crime, que Jacques Chirac classificou em 1995, na sequência da crise que teve como protagonista o peso mexicano, como “a aids da economia mundial”.

No início de 2010 veio a público a notícia de que, no meio do maior segredo (como convém aos negócios...), o banco americano *Goldman Sachs* tinha ajudado, ainda antes da crise, o governo grego (conservador) a obter crédito no valor de milhares de milhões de euros, ‘pagando’ inclusive a indispensável colaboração das agências de *rating* americanas.

O mesmo banco ‘aconselhou’ depois o governo da Grécia sobre os ‘truques’ de engenharia financeira necessários para falsificar as suas contas e enganar as autoridades comunitárias. Por estes sábios ‘conselhos’ aquele banco terá cobrado 300 milhões de euros (pagos pelo povo grego, claro, que não entrou no negócio) e ganhou ainda muito dinheiro com os contratos de seguro de incumprimento da dívida grega (os famosos CDS – *Credit Default Swaps*), que recomendava aos clientes que convencia a emprestar dinheiro à Grécia a juros convidativos. O boss do *Goldman Sachs* recebeu, nesse ano, um prémio de nove milhões de dólares. Realmente, o crime compensa⁶.

O capital financeiro e os seus servidores ganharam muito dinheiro com estas manobras, mas a Grécia endividou-se e o povo grego, vítima da fraude cometida em conjunto pelo governo conservador e pelo *Goldman Sachs*, é agora acusado de ter cometido o ‘pecado’ de viver acima das suas posses e condenado pelos “mercados” (*Goldman Sachs* incluído) a pesadas ‘penitências’.

Os chamados “mercados” estão aqui retratados de corpo inteiro. Quando estas manobras vieram a público, a Sr^a Angela Merkel (segundo notícias da comunicação social) comentou, com ar ‘angelical’, que seria “vergonhoso” que “os bancos, que já nos levaram à beira do precipício, tivessem igualmente participado na fabricação das estatísticas orçamentais da Grécia”.

A verdade é que participaram. A verdade é que burlaram a União Europeia. E tudo isto é vergonhoso. Mas isto não é nada de novo neste *mundo sem vergonha*: isto está de acordo com a natureza deste *capitalismo de casino*, fruto acabado do neoliberalismo. E a reação da Sr^a Merkel foi apenas para a fotografia. Sem o voto favorável dela, o senhor Mario Draghi – que era o vice-presidente do *Goldman Sachs* para a Europa na altura destas ‘manobras’ (2002-2006) e que, nessa qualidade, deve ter sido o responsável direto por aqueles ‘negócios’ com o Governo grego – não seria presidente do Banco Central Europeu. Ganhou o lugar (também com o voto favorável dos partidos socialistas no Parlamento Europeu!) certamente pelos relevantes serviços prestados ao capital financeiro e pelo respeito que demonstrou pela União Europeia, que agora vai ‘servir’ a mais alto nível, com a mesma devoção pelo interesse público e com o mesmo respeito pelas instituições comunitárias...

O grande capital financeiro vive destas ‘vergonhas’ e de muitas outras ainda menos confessáveis. Sem a participação dos grandes *conglomerados financeiros* – toda a gente sabe, até a Sr^a Merkel –

não chegariam aos *paraísos fiscais* os milhões de milhões de dinheiro sujo oriundo da grande criminalidade organizada (evasão e fraude fiscais, tráfico de droga, de armas e de mulheres) e dos *jogos de casino*, baseados na especulação sem lei nem regras sobre ‘produtos financeiros’ livremente criados para o efeito, moedas, combustíveis, matérias-primas e alimentos.

Estes conglomerados financeiros são, realmente, a tal *aids da economia mundial* de que falava o presidente Chirac. Mas são eles que mandam em todos os Chirac, em todas as Merkel, em todos os Sarkozy (e em todos os Hollande), bem como em todos os Obama. São eles os verdadeiros ‘ministros’ da *igreja neoliberal*, cujos dogmas orientam a política das potências capitalistas dominantes, com particular realce para a UE, manietada pela camisa de forças em que os seus construtores a encerraram.

A presença do grande capital financeiro no ‘governo’ da *Europa do capital* tornou-se, aliás, indisfarçável após a nomeação de Lucas Papademos como primeiro-ministro da Grécia e de Mario Monti como primeiro-ministro da Itália. Nem um nem outro foram eleitos para os parlamentos dos seus países, e muito menos foram eleitos pelo povo para exercer as funções que lhes foram cometidas. São ambos *banqueiros*, agora em comissão de serviço na vida política. Não deixa de ser simbólico o fato de Mario Monti ostentar também no seu currículo a atividade de *conselheiro da Coca-Cola*.

Tal como Mario Draghi (que foi diretor executivo do Banco Mundial entre 1985 e 1990 e governador do Banco de Itália, depois de, na qualidade de diretor do *Goldman Sachs*, ter ajudado o governo grego a ludibriar as autoridades da UE), Lucas Papademos colaborou, como governador do Banco Central da Grécia, na falsificação das contas públicas daquele país. Tal como Mario Monti, pertence à *Comissão Trilateral*, instituição de onde saiu a tese do *excesso de democracia* para explicar as dificuldades das “democracias ocidentais” e do capitalismo que elas servem. Acresce que Mario Monti foi assessor do *Goldman Sachs* quando Mario Draghi era seu diretor para a Europa, durante o período em que o banco americano orientou (regiamente pago) a ‘batota’ feita pelo governo grego. Quem manda nesta *Europa do capital* são os donos do *Goldman Sachs*, são os banqueiros e os senhores da *Comissão Trilateral*⁷.

Infelizmente, é difícil fugir à conclusão de que foram os donos do *Goldman Sachs* e os senhores da *Comissão Trilateral*, com a colaboração das *troikas* e dos *mercozis*, que ‘impuseram’ estes

governos de banqueiros, humilhando os povos da Grécia e da Itália. São apresentados como *governos de técnicos*, como se não fosse completamente absurdo admitir que pode haver uma *solução técnica* para problemas que são, essencialmente, *problemas políticos*. Não sendo *juntas militares*, eles são verdadeiras *juntas civis* (Serge Halimi), constituídas à margem das regras do jogo democrático, traduzindo a menoridade da política e a negação da democracia⁸.

3. No final de 2011, o ministro das finanças alemão reconheceu que “a cupidez e a procura de lucros cada vez mais elevados nos mercados de capitais” têm “responsabilidade na crise bancária e económica, e depois na crise de países inteiros, com a qual estamos confrontados desde 2008”⁹. Já muita gente o sabia. Mas é importante vermos este alto responsável reconhecer que cabe ao capital financeiro a responsabilidade da crise económica e social que está a devastar a Europa e a pôr em causa a soberania de alguns países europeus.

Os dirigentes dos ‘países dominantes’ sabem muito bem onde nasce o rio das nossas desgraças, porque eles estão entre os que alimentam o caudal deste rio de águas turvas. Por isso não se extrai nenhuma consequência daquele diagnóstico, apesar de a honestidade intelectual e política exigir que se fizesse pagar a crise aos que são responsáveis por ela, defendendo os povos europeus da cupidez dos especuladores. Ao invés, inventam-se razões para culpar as vítimas das suas próprias desgraças e castigam-se os ‘povos do sul’ com violentíssimos *programas de austeridade*, ‘penitências’ para expiar ‘pecados’ que não cometeram¹⁰. Simultaneamente, obrigam-se os estados ‘endividados’ a endividar-se ainda mais, para que o capital financeiro possa receber os seus créditos e possa continuar a especular, para ganhar “lucros cada vez mais elevados”, à custa dos salários, dos direitos e da dignidade dos trabalhadores e da soberania desses estados-membros da UE. É o crime perfeito e impune, apesar de toda a gente saber quem são os ‘criminosos’ e quem os protege.

4. Mais recentemente, muito a medo e sem grandes pormenores, os jornais falaram de um outro ‘escândalo’ (se é que ainda há espaço para nos escandalizarmos com estas notícias), fruto da *cupidez* do grande capital financeiro¹¹. Pelo menos desde 2005, alguns dos maiores bancos mundiais vêm *manipulando*, em proveito próprio, os mercados financeiros, através da falsificação da *London Interbank*

Offer Rate (LIBOR), taxa de referência utilizada, nomeadamente, para determinar as taxas de juro de contratos financeiros avaliados em cerca de 800 milhões de milhões de dólares (cerca de dez vezes o valor do PIB mundial).

A *Libor* é fixada todas as manhãs na *City* de Londres, com base nas informações fornecidas por 18 grandes bancos acerca das taxas de juros às quais eles estão dispostos a oferecer crédito a outros bancos. Fornecendo informações falsas, os 18 ‘eleitos’ (ou uma parte significativa deles, mas não apenas uma ou duas ‘ovelhas ranhosas’) podem viciar a determinação da taxa, fazendo-a baixar ou subir. E esta *informação privilegiada* relativamente à variação da taxa de referência (por mais pequena que seja tal variação) permite aos autores da fraude ganhar milhões de um momento para o outro, apostando contra os ‘produtos financeiros’ que eles próprios vendem aos seus clientes¹².

Entre esses contratos destacam-se os respeitantes a *produtos financeiros derivados* (em cujo mercado se movimentam cerca de 1.200 milhões de milhões de dólares ou 1,2 trilhões), não admirando, por isso, que nesta manipulação (criminosa) dos ‘mercados’ estejam comprometidos os grandes bancos que mais negociam com a emissão e venda de *produtos financeiros derivados associados a taxas de juro*: o *Barclays*, o *Deutsche Bank*, o *Goldman Sachs* e o *J. P. Morgan*. A esta elite (perante a qual o pobre Al Capone não passa de menino do coro) juntam-se, segundo os jornais, outros membros ilustres do “banksterismo”: os bancos britânicos *Royal Bank of Scotland*, *ICAP*, *HSBC* e *Lloyds Bank*, o banco suíço *UBS*, e os americanos *Citigroup* e *Bank of America*.

Conglomerados financeiros são, realmente, a tal *aids* da economia mundial

Segundo informações divulgadas pelo FED (banco central americano), o Banco de Inglaterra terá silenciado, pelo menos desde 2008, o conhecimento que tinha destas práticas, que, em alguns casos, poderão mesmo ter sido adotadas a pedido do próprio Banco de Inglaterra (a entidade reguladora da banca britânica!), com o objetivo de ocultar os efeitos da crise após 2008.

Havendo indícios de que a *Euribor* (a taxa correspondente à *Libor* na zona euro) terá sido sujeita a manipulação idêntica¹³, parece legítimo concluir que estamos perante uma prática criminosa que envolve o próprio sistema financeiro como um todo, uma espécie de *crime sistémico*.

O que é novo nesta história é o fato de ela ter chegado aos jornais. Porque os governantes, os reguladores e supervisores, tal como as polícias, sabem muito bem o que se passa. Sabem que 80% dos *hedge funds* (que especulam com ‘produtos’ financeiros de alto risco) estão sediados no conforto da *City* de Londres; conhecem bem as “armas financeiras de destruição maciça” (a designação é de Warren Buffet) que eles utilizam nas suas ações de “terrorismo financeiro”, nas suas práticas de verdadeiros “crimes económicos contra a humanidade”¹⁴; sabem até quando e onde se reúnem os “membros desta elite de Wall Street”, os ‘padrinhos’ das ‘famílias dominantes’ deste *crime organizado*¹⁵.

Costuma atribuir-se a Roosevelt a afirmação segundo a qual permitir o domínio da política pelo capital financeiro (o “dinheiro organizado”) é mais perigoso do que confiar o governo do mundo ao “crime organizado”. Seja quem for o autor deste diagnóstico, ele traduz bem a realidade atual e encontra nela plena confirmação: em nome da sacrossanta *liberdade de circulação do capital* e da *livre criação de produtos financeiros derivados*, vêm-se permitindo todos os praticados pelo “dinheiro organizado”, que se refugia nos *paraísos fiscais*, onde convive com todos os grandes senhores do “crime organizado”.

5. Em 25 de julho de 2012 a Comissão Europeia dignou-se vir a público falar deste assunto. O comissário responsável pelo Mercado Interno e Serviços informou que as investigações já efetuadas “puseram a nu mais um exemplo de comportamento escandaloso por parte dos bancos”. E uma das vice-presidentes da Comissão (responsável pela área da Justiça) fala de “atividades criminosas no setor bancário”.

Segundo estes altos responsáveis, trata-se, portanto, de *mais um exemplo* (entre muitos outros, acrescentaria eu) de *comportamento escandaloso* (melhor: de *atividades criminosas*) por parte dos bancos.

Perante esta evidência, dizem-nos que a UE se propõe adotar legislação que *proíba inequivocamente* este tipo de atuação, passando a considerá-la como *atividade criminosa* passível de *sanções penais*. Não resisto a perguntar: mas então as “atividades criminosas” a que se refere a senhora vice-presidente da Comissão Europeia não são já passíveis de sanções penais? Compreende-se o embaraço da Comissão: quem *abusa do mercado*, quem *manipula o mercado*, quem comete estas *atividades criminosas* é o grande capital financeiro especulador, porque este é o seu negócio, porque isso está

na sua natureza. E não é fácil meter na cadeia o *capital financeiro*... Os seus servidores são perfeitamente fungíveis. Se alguns forem presos (e não consta que tal tenha acontecido), outros surgirão para ocupar os seus lugares, que são dos mais bem pagos em todo o mundo. O ‘casino’ não fecha: funciona 24 horas por dia, todos os dias do ano.

A Comissão Europeia sabe perfeitamente que os *programas de austeridade* impostos aos povos da Europa se destinam a arranjar dinheiro (confiscado a quem trabalha) para entregar de mão beijada à mesma banca que vem dando exemplos atrás de exemplos de *comportamentos escandalosos* e de *atividades criminosas*. E sabe que esse dinheiro está a ser usado para tapar os buracos dos ‘jogos de casino’ e para alimentar a especulação que não cessou (agora contra o euro), não para conceder crédito às atividades produtivas, que criam riqueza e emprego.

Sabe também que os responsáveis por estas “atividades criminosas” são os senhores do mundo, e que são eles que financiam (e por isso escolhem) os presidentes dos EUA e outros presidentes e primeiros-ministros por esse mundo fora, e os membros da Comissão Europeia, e os governadores do BCE. Os dirigentes dos ‘países dominantes’ (e os membros da Comissão Europeia, e do BCE, e do FMI) são amigos deles e convivem com eles nas reuniões sociais e nos encontros de negócios. E com eles decidem (nos G8 e nos G20, e no *Forum Davos* e na *Comissão Trilateral*) que os valores supremos a preservar são a *plena liberdade de circulação de capitais*, a *liberdade de criação de ‘produtos financeiros’* e a *intocabilidade dos paraísos fiscais*, e outros ‘princípios’ e ‘valores’ que fomentam as ditas “atividades criminosas” e protegem os seus responsáveis (na esfera da finança e na esfera da política). Como pode alguém esperar que se metam na cadeia uns aos outros?

Quem se esquece das ‘juras’ de Sarkozy, proclamando a necessidade de “refundar o capitalismo” e de pôr de pé “uma nova ordem”? Quem não se recorda do “compromisso inquebrantável” do G20 (Londres, abril/2009), perante “as grandes falhas no setor financeiro” (“causas fundamentais da crise”), no sentido de cooperar para “fazer o que for necessário para restabelecer a confiança, o crescimento e o emprego”? O que aconteceu depois disto? Manteve-se e reforçou-se a sacrossanta liberdade de circulação do capital, deram-se milhões de milhões de euros à ‘banca criminosa’, decidiu-se que os bancos não podem falir (sobretudo os que são *too big to fail*), atacam-se os salários e os direitos dos trabalhadores, humilham-se povos inteiros.

Nada se fez, contudo, para fechar de vez o ‘casino’ em que se transformou o capitalismo dos nossos dias. Um casino muito especial, de resto. Nos casinos propriamente ditos, conhecem-se de antemão as regras do jogo e cumprem-se as regras do jogo. Não é assim neste ‘casino mundial’ controlado pelo capital financeiro: os donos do casino viciam as regras do jogo (apesar de, em última instância, elas serem definidas por eles), marcam as cartas, jogam com cartas na manga. Além de especuladores, eles são batoteiros e não hesitam nos meios para alcançar os seus objetivos, incluindo a ‘compra’ das agências de *rating*, para que estas ajudem nas manobras de manipulação dos “mercados”.

E é evidente que, no seio do ‘pensamento dominante’, ninguém ousa sequer pensar que a solução tem de passar pela retirada da banca (e do sistema financeiro em geral) da alçada do setor privado, confiando a sua propriedade ao estado e a sua gestão a entidades nomeadas por órgãos do poder político democrático, para retirar ao capital financeiro especulador o controlo da poupança e do investimento de toda a comunidade, por forma a garantir que a poupança das famílias e das empresas possa ser utilizada para o financiamento da inovação, da criação de emprego e de riqueza, ao serviço da melhoria das condições de vida e de trabalho dos povos.

Por mim, creio que esta seria uma medida ‘higiénica’ e correta do ponto de vista do desenvolvimento económico e da salvaguarda da soberania nacional. E não é necessário radicalizar o discurso. Basta invocar Keynes e a sua defesa da necessidade de uma certa *coordenação pelo estado da poupança e do investimento de toda a comunidade*. Por duas razões fundamentais: 1ª) as questões relacionadas com a distribuição da poupança pelos canais nacionais mais produtivos “não devem ser deixadas inteiramente à mercê de juízos privados e dos lucros privados”; 2ª) “não se pode sem inconvenientes abandonar à iniciativa privada o cuidado de regular o fluxo corrente do investimento”. Por estas razões defendeu Keynes a necessidade de “uma ampla expansão das funções tradicionais do estado”, a necessidade de “uma ação inteligentemente coordenada” para assegurar a utilização mais correta da poupança nacional, a necessidade da “existência de órgãos centrais de direção”, a necessidade de “medidas indispensáveis de socialização” e de *uma certa socialização do investimento* (“a somewhat comprehensive socialization of investment”).

Não quero abusar na invocação do ‘santo nome de Keynes’ para abonar os meus pontos de vista. Mas acredito que fariam bem em levar a sério os seus ensinamentos todos os que persistem no absurdo *argumento TINA* de que *não há alternativa* ao mercado e

ao neoliberalismo. Este ‘argumento’ é um atentado contra a nossa inteligência e a nossa liberdade.

6. Colocada perante a crise do capitalismo que teve início em 2007, a União Europeia perdeu o norte e fugiu à identificação da verdadeira natureza da crise, preferindo dedicar-se à catalogação dos ‘pecados’ cometidos pelos ‘povos do sul’ e à aplicação de ‘castigos exemplares’ aos *povos pecadores*, para expiarem o ‘pecado’ de viverem acima das suas posses.

A permanência e a evolução da crise vieram revelar a verdadeira face da *Europa neoliberal* (a *Europa do capital*): um grande mercado interno, com uma economia incapaz de crescer, um espaço sem um mínimo de solidariedade e de coesão social, sem o mínimo sentimento de pertença, um espaço em que alguns estados se assumiram como ‘donos da bola’ e têm imposto as ‘regras do jogo’, humilhando os trabalhadores europeus e tratando com laivos de superioridade rácica os ‘povos do sul’.

Na cimeira de 7/8 de maio de 2010 a Alemanha persistiu em considerar a situação da Grécia como um caso isolado, explicável pela irresponsabilidade, pela preguiça e por outros vícios do povo grego, que se habituou a viver acima das suas posses.

Perante as notícias, Jürgen Habermas comentou: “A prioridade das preocupações nacionais [alemãs] nunca se manifestou com tanta clareza como na resistência robusta de uma Chanceler que, antes da sua derrota desastrosa no dia 8 de maio de 2010, bloqueou durante semanas a ajuda europeia à Grécia e o mecanismo de emergência para salvar o euro.” E ‘acusou’ Merkel de não ser capaz de ultrapassar “a consideração oportunista dos joguinhos da política interna”, cedendo ao “medo das armas de destruição maciça da imprensa tablóide” (esquecendo “a força destrutiva das armas de destruição maciça dos mercados financeiros”) e “bloqueando uma ação conjunta da União que teria apoiado atempadamente a Grécia contra a especulação que visava a bancarrota do Estado”. Lendo esta situação como “o fracasso de uma visão que marcou durante meio século a história pós-guerra na Europa”, Habermas confessa: “Apercebi-me, pela primeira vez, da possibilidade real de um fracasso do projeto europeu.”¹⁶

Os dirigentes dos
‘países dominantes’
sabem muito
bem onde nasce
o rio das nossas
desgraças, porque
eles estão entre os
que alimentam o
caudal deste rio de
águas turvas

A crise financeira, económica e social que anda à solta há mais de quatro anos abriu também, como se vê, uma crise da ‘Europa’, da “Europa como ela é”, uma crise deste ‘monumento’ ao neoliberalismo fundamentalista em que os cidadãos e os povos da Europa não se reveem. Uma crise cujas raízes talvez possam ir buscar-se à criação da União Económica e Monetária (UEM) e ao modelo que lhe foi imposto pela Alemanha.

Como é sabido, a criação da UEM foi, em grande parte, fruto dos receios que renasceram na França perante a ‘Grande Alemanha’, após a anexação da RDA pela RFA, operada por Helmut Kohl (com o apoio dos EUA e a cumplicidade de Gorbatchev) através de uma espécie de *operação overnight*, como forma de contornar a resistência da França à reunificação do país vizinho, cujas armas bombardearam Paris por três vezes, entre 1870 e 1940. Foram estas razões de ordem política (que anularam as razões técnicas que desaconselhavam a criação de uma zona monetária na Europa) que, em grande parte, justificaram a criação da UEM, acreditando a França que, graças à inserção mais profunda da Alemanha na Europa, se conseguiria assegurar que a Alemanha se comportasse como uma *Alemanha europeia* (ao contrário da Alemanha do *Deutschland über Alles*).

Constituída a *união monetária* por estados nacionais com economias muito heterogéneas no que toca ao seu grau de desenvolvimento, aos níveis de remuneração e de vida e aos hábitos de consumo dos seus trabalhadores e dos seus povos, a primeira prioridade, para que o projeto pudesse ultrapassar as suas disfunções originárias, deveria ter sido a de trabalhar em conjunto, *em cooperação*, para atingir, no âmbito da UE e, em particular, no âmbito da zona euro, níveis uniformes de desenvolvimento económico e social. Como é notório, as políticas adotadas ao longo dos anos têm visado exatamente o contrário e têm conseguido os seus objetivos.

Pouco depois da entrada em circulação do euro começou a ficar claro que os objetivos políticos que estiveram por trás da criação da UEM (sobrepondo-se às razões de ordem técnica que a desaconselhavam) estavam a ser esvaziados em resultado das ‘regras’ impostas pela Alemanha à UEM: os critérios monetaristas do Tratado de Maastricht e do Pacto de Estabilidade e Crescimento, o estatuto de independência do BCE e o perfil da moeda única como um verdadeiro *deutsche euro*.

A chamada *crise das dívidas soberanas* veio acelerar este processo. Desde o início, a Alemanha fez prevalecer a tese (com alguns laivos de racismo) segundo a qual a ‘crise’ era um *problema grego*, um problema resultante dos excessos, da irresponsabilidade e da

incapacidade dos *povos do sul*, ignorando-se as causas da crise e a sua natureza, recusando-se a sua caracterização como uma *crise do euro*, uma *crise da UEM*, uma *crise da UE*, crise perante a qual a Alemanha teria de assumir responsabilidades e ‘sacrifícios’ correspondentes ao seu peso económico e político no seio da UE e às vantagens de referido ‘estatuto’ do *deutsche euro*.

Ao longo destes já longos anos de crise, os dirigentes dos ‘países dominantes’ têm gasto “muitas das suas energias em lutas de galos pela nomeação das figuras mais cinzentas para os seus cargos mais influentes” (Habermas); têm-se empenhado obstinadamente na tarefa de identificar os ‘pecadores’ e de os castigar exemplarmente com a aplicação de verdadeiras ‘penas infamantes’; têm adiado soluções e têm imposto outras sempre na ótica dos interesses nacionais desses países; têm destruído as economias dos países mais débeis (asfíxiadas com taxas de juro agiotas, impostas pelos “mercados” ou pelo *grupo financeiro FMI-BCE-UE*, o que é a mesma coisa), em vez de trabalharem para reforçar a *coesão social* no seio da UE e no seio de cada um dos estados-membros, no âmbito de um objetivo estratégico da convergência, a médio prazo, dos níveis de desenvolvimento económico e social no espaço comunitário. Em suma: têm feito tudo o que não deveriam fazer, tudo ao contrário do que exigiria uma Europa assente na *cooperação* entre estados-membros com estatuto de igualdade, na *participação democrática* dos cidadãos europeus na definição do seu futuro, no respeito pela *dignidade* dos povos e dos estados da Europa.

Importa esclarecer, por outro lado, que a União Europeia não é um estado federal, e creio que os seus povos não querem sê-lo. Isto significa que os elementos da soberania nacional retirados aos estados-membros (em ‘europês’ fala-se de *soberania partilhada*) não foram transferidos para nenhuma instância comunitária: o Parlamento Europeu não é um verdadeiro parlamento representativo da soberania popular; não há um orçamento comunitário digno desse nome; a Comissão Europeia não é um governo comunitário e não dispõe das competências nem dos meios financeiros para (e não tem a responsabilidade de) definir e aplicar políticas anticíclicas. E como as instituições da União *não são órgãos de soberania* não dispõem da chamada *competência das competências*, isto é, não podem atribuir a si próprias novas competências.

No quadro da UEM, o euro é, pois, uma *moeda sem estado*, i. é, a moeda de um espaço que, para além de não ter uma política fiscal minimamente harmonizada, não assume uma dívida comunitária,

uma *dívida federal*, apesar de, nesse espaço, haver uma *moeda única* e uma *política monetária única* (uma *política monetária federal*).

Acresce que a *política monetária única* (subtraída aos órgãos políticos legitimados democraticamente e entregue ao BCE, que é, de fato, um *órgão federal*) está completamente desfasada da realidade da grande maioria dos países que integram a união monetária e não tem nada que ver com a economia real. De acordo com os seus estatutos, o BCE não pode emprestar dinheiro aos estados-membros em dificuldade, mas pode emprestar dinheiro à banca privada, que tem recebido milhões e milhões a taxas de juro à roda de 1%, para depois emprestar aos estados a taxas de juro que já ultrapassaram 20%. É algo de esquizofrénico... Em vez de ser um verdadeiro banco central capaz de ajudar a resolver os problemas de financiamento dos estados-membros da zona euro, o BCE mais parece uma espécie de arcebispo da 'igreja neoliberal' na Europa, piamente empenhado em atuar de forma a consolidar a sujeição dos estados nacionais ao *deus-mercado* e ao grande capital financeiro.

No que toca à política fiscal, em vez de uma política com um grau mínimo de harmonização (ao menos no que toca aos impostos sobre os lucros das sociedades comerciais e sobre as transações financeiras), o *dumping fiscal* é estimulado como prática de *concorrência desleal* entre estados que têm a mesma moeda. É um absurdo, mas é esta a realidade.

7. A agudização da situação na Grécia (mas também a evolução da 'crise' em Portugal e na Irlanda e mesmo na Espanha e na Itália) obrigou a acelerar os trabalhos para a revisão do *Tratado de Lisboa*, que acabou por concretizar-se, de modo muito pouco ortodoxo, através do chamado *Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária* (TECG), assinado em Bruxelas em 2 de março de 2012 pelos Chefes de Estado e de Governo de 25 estados-membros da UE (todos os da Eurozona e mais oito, ficando de fora o RU e a República Checa).

No *preâmbulo* fazem-se algumas considerações pias, falando dos objetivos do crescimento económico, do emprego e da coesão social. Mas as medidas previstas não têm nada que ver com esta agenda.

O chamado *pacto orçamental* vem transformar em lei o *princípio das finanças sãs* (que, depois de Keynes, muitos julgariam definitivamente desacreditado):

1) as contas públicas devem apresentar-se equilibradas ou excedentárias, não se admitindo que vá além de 0,5% do PIB o

chamado *défice estrutural* (défice corrigido das variações cíclicas e líquido de medidas extraordinárias e temporárias);

2) esta ‘regra de ouro’ do equilíbrio orçamental deve passar a constar de disposições legais vinculativas e de caráter permanente, de preferência a nível constitucional;

3) diagnosticada pela Comissão Europeia uma situação de *défice estrutural*, o estado-membro em causa terá de aplicar automaticamente um *mecanismo de correção*, ficando afastada qualquer possibilidade de intervenção do respetivo parlamento nacional, para autorizar tal mecanismo ou para impedir o Governo de o executar;

4) os estados-membros que não cumpram estas disposições ficarão, sem mais, sujeitos à aplicação de sanções pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

O TCEG consagra ainda:

– a obrigação dos estados-membros de sujeitar as reformas significativas de política económica a *debate prévio* (não por parte dos cidadãos desses países, mas por parte das instâncias da UE) e, quando adequado, à *coordenação* entre elas, no quadro das instituições comunitárias;

– a obrigação dos estados que ultrapassem os limites estabelecidos para o *défice público* e para a *dívida pública* de submeter à Comissão e ao Conselho um *programa de reformas estruturais obrigatórias* (traduzindo: um programa de privatizações, enquanto houver ‘matéria-prima’; alterações no sentido da flexibilização da legislação laboral; medidas de estrangulamento dos sistemas públicos de segurança social, de saúde e de educação);

– a obrigação das partes de comunicar previamente ao Conselho e à Comissão Europeia os respectivos planos de emissão de dívida pública.

Sem o mínimo pudor, o ‘tratado’ não resiste à tentação de legislar aquilo que sabe não corresponder à verdade: “o mecanismo de correção previsto respeita integralmente as prerrogativas dos parlamentos nacionais”. Sem qualquer recato, o ‘tratado’ vem atribuir novas competências à Comissão Europeia e ao TJUE (que são instituições da UE), apesar de tal ‘tratado’ não ser subscrito por alguns estados-membros da UE. De acordo com uma nova ‘regra’ agora inventada, o tratado entrará em vigor logo que ratificado por doze dos 25 estados que o subscreveram.

Nada se fez para
fechar de vez o
‘casino’ em que
se transformou o
capitalismo dos
nossos dias

8. Para que serve, afinal, este dramático *pacto orçamental*, cuja ‘filosofia’ assenta na ideia de que os problemas radicam essencialmente nos défices das contas públicas, ‘esquecendo’ que, em todos os países devedores, o défice público e a dívida pública aumentaram por efeito da crise e do tratamento que foi imposto aos ‘pecadores’, e ‘esquecendo’ também que os problemas da Eurozona são *problemas do euro* e têm a sua raiz na estrutura da UEM, nos défices comerciais dos países em dificuldade (que alimentam os saldos positivos da Alemanha) e nas dívidas da banca e das grandes empresas privadas? Alguém concebe que a Alemanha (ou a França) submeta as suas políticas económicas a debate prévio e à coordenação com as de outros países, no quadro das instituições comunitárias? Alguém vê a Alemanha (ou a França) a sofrer as consequências do referido mecanismo automático de correção?

O primeiro-ministro britânico declarou publicamente que o objetivo deste ‘tratado’ parece ser o de *tornar ilegal o keynesianismo*. E a verdade é que ele tem razão, embora não se perceba tal preocupação por parte de um neoliberal assumido. De resto, esta ideia de ‘matar’ Keynes está na raiz do processo de integração europeia, logo no Tratado de Roma, em 1957, em pleno apogeu do keynesianismo. O que agora se pretende conseguir, mais uma vez por vias travessas, é ‘constitucionalizar’ e ‘eternizar’ o neoliberalismo e as políticas de austeridade.

Fiel ao código genético do processo de integração europeia, este ‘pacto’ arrasta consigo uma acentuada diminuição da já reduzida democraticidade de funcionamento da UE. O ‘governo’ dos países mais fracos passa para as mãos de *órgãos executivos* constituídos por eurocratas que escapam ao controlo democrático¹⁷. Nos termos do ‘pacto’, as sanções passam a ser *automáticas*, dispensando qualquer votação, regime radicalmente diferente do que vigora atualmente (as sanções têm que ser aplicadas por voto da maioria qualificada do Conselho Europeu que represente pelo menos 2/3 dos estados-membros e 62% da população da UE). Os estados-membros ficam também sujeitos à aplicação direta de sanções por parte do TJUE, passando por cima dos sistemas judiciários nacionais.

Este ‘pacto’ é o fruto maduro da política de uma Alemanha que, perante as dificuldades, ‘aconselha’ os gregos a vender as ilhas e os portugueses a iniciarem a viagem da “jangada de pedra”, para se juntarem ao Brasil... Jürgen Habermas põe o dedo na ferida quando sublinha que este ‘pacto’ é “um modelo político de marca alemã” e tem de ser visto não como a proposta de uma “Alemanha cooperante”, mas

como a afirmação de «uma clara pretensão de liderança por parte de uma “Alemanha europeia numa Europa marcada pelos alemães”», de uma Alemanha que parece ter perdido “a consciência de uma herança histórico-moral comprometedora” que, durante alguns anos após a Segunda Guerra Mundial, ditou uma atitude de “moderação diplomática e disponibilidade para adotar também as perspectivas dos outros”¹⁸.

Sem ter aprendido nada com a crise – que tornou evidentes deficiências estruturais da UEM há muito identificadas pelos especialistas –, o ‘pacto’ persiste na imposição das *mesmas* regras de política económica a países com situações e com histórias completamente diferentes, como se a política pudesse confinar-se à aplicação *mecânica* de regras iguais para todos, impostas por tecnocratas iluminados. E insiste em apontar as *culpas* da ‘crise’ aos *povos do sul*, que andaram a viver acima das suas posses. Coerentemente, o ‘pacto’ insiste na condenação dos ‘pecadores’ ao sacrifício de planos de austeridade que destroem as suas economias. Mais: o ‘pacto’ vem consagrar a austeridade *para todo o sempre*, tornando o crescimento impossível para muitos países, o que significará a condenação dos seus povos a um violento retrocesso social. Com efeito, sem desenvolvimento económico faltarão as receitas indispensáveis para os investimentos estratégicos na educação, na saúde, na investigação científica, na segurança social, nos transportes públicos, na habitação social em todos os serviços públicos associados à qualidade de vida e ao desenvolvimento sustentado.

Estes direitos (constitucionalmente consagrados) transformar-se-iam em *luxos* a que os povos ‘colonizados’ não têm direito. Países como Portugal (e os ‘países do sul’) tornar-se-ão praticamente ingovernáveis: não haverá desenvolvimento nem haverá democracia. Por isso este ‘tratado’ põe em causa a democracia e a paz na Europa¹⁹.

9. Olhemos para Portugal para tentar compreender melhor os malefícios que podem esperar-se da aplicação do referido *pacto orçamental*.

Como mostrou António Sérgio, em Portugal a burguesia foi sempre, historicamente, uma *burguesia parasita*, incapaz de realizar o papel de classe dinamizadora da acumulação do capital, que lhe coube nos países que passaram por revoluções burguesas a sério. A burguesia portuguesa sempre viveu de *rendas*, as rendas fáceis de uma qualquer *índia*, quer a Índia propriamente dita (que proporcionou a riqueza do comércio das especiarias), quer o Brasil (e o ouro que de lá veio, e os escravos africanos que para lá foram levados), quer

as colónias africanas. Mais recentemente, as *rendas* resultantes dos fundos da CEE/UE (antes, da Europa já tinham vindo, aos milhões, as remessas dos emigrantes), utilizados em grande parte para alargar a base dessa *burguesia parasita*; e as *rendas* da especulação bolsista e da especulação imobiliária, as *rendas* resultantes das posições monopolistas dos grupos económicos nos setores de bens não transacionáveis (distribuição, energia, comunicações, obras públicas...), as *rendas* das parcerias público-privadas, as *rendas* da corrupção institucionalizada...

Nestas condições, qualquer estratégia de desenvolvimento só será viável se por trás dela estiver um estado dotado dos meios indispensáveis para controlar a poupança nacional e a sua utilização ao serviço do desenvolvimento, um estado com capacidade de intervenção nos setores estratégicos da economia, um estado capaz de levar por diante políticas de educação, de investigação científica e de formação profissional que aumentem a produtividade e conduzam ao desenvolvimento de atividades económicas com maior valor acrescentado.

Pois bem. O limite de 0,5% para o défice público significa a imposição, a países como o nosso, de um *programa de austeridade perpétua*, um *programa de estagnação e de subdesenvolvimento*, um programa que impedirá aos países mais débeis da UE o recurso a uma boa dose de *investimento público*, porque este não pode dispensar o recurso criterioso ao crédito por parte do estado. Este ‘pacto’ é, pois, um novo *pacto colonial*, em que a parte mais forte impõe às partes mais fracas a sua própria *colonização* e o seu próprio *subdesenvolvimento*, um ‘contrato’ nulo, como nulo seria um ‘contrato’ em que uma das partes aceitasse ser escravo da outra.

Foi-se tão longe que até a Confederação Europeia de Sindicatos (que um dos seus fundadores, o sindicalista belga Georges Debunne, já um dia classificou de “correia de transmissão do patronato europeu”) anunciou que está contra este tratado²⁰.

10. Com a eleição de François Hollande para a presidência da República Francesa iniciou-se uma nova operação de propaganda ideológica, cuja música de fundo tem como nota dominante a afirmação de que o crescimento e o emprego vão passar a estar na ordem do dia das políticas da UE.

Nada se diz, na entanto, sobre a questão fundamental, já atrás afluída: a UE não tem um parlamento nem um governo com a competência e com a responsabilidade para definir, aprovar e executar

políticas comunitárias anticíclicas, nem tem um orçamento capaz de suportar essas políticas.

É certo que o n. 3 do art. 3º do *Tratado da União Europeia* (TUE), na redação dada pelo *Tratado de Lisboa* (dez./2007), diz que a União se empenha no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento equilibrado. Mas este n. 3 começa assim: “A União estabelece um mercado interno”. Pois bem. Este é que é o *objetivo estratégico*: o resto há-de decorrer do *funcionamento do mercado interno*.

Refere também este mesmo artigo que o desenvolvimento sustentável assenta numa economia social de mercado que tenha como meta o *pleno emprego*. De *elevado nível de emprego* e de *nível de emprego elevado e duradouro* falam também os arts. 147º e 151º do *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia* (TSFUE), resultante das alterações introduzidas pelo *Tratado de Lisboa*.

Lendo bem, porém, fica a ideia de que se espera alcançar este objetivo não em resultado de *políticas comunitárias ativas* nesse sentido, mas apenas do “diálogo entre parceiros sociais” e do “desenvolvimento dos recursos humanos”. O significado deste artigo é, na prática, o de anunciar que a União Europeia não tem qualquer política a este respeito, limitando-se a falar, em linguagem cifrada, de “ações que tenham em conta a diversidade das práticas nacionais, em especial no domínio das relações contratuais”.

Os tratados são, contudo, muito claros quando equacionam o que verdadeiramente interessa à *Europa do capital*, proclamando a “necessidade de manter a capacidade concorrencial da economia da União”. Dizendo-o em linguagem entendível: o que é importante é *manter a capacidade concorrencial da economia da União* (ainda que à custa dos salários, das condições de trabalho e da segurança do emprego); a promoção (e a garantia) do emprego e a melhoria das condições de vida dos trabalhadores têm de subordinar-se ao que é importante.

O objetivo do *pleno emprego* nunca foi levado a sério pelos tratados que vêm dando corpo ao projeto europeu, que só demagogicamente continua associado ao “modelo social europeu”. O próprio Parlamento Europeu vem insistindo há anos (pregando no deserto)

Uma crise cujas
raízes talvez
possam ir
buscar-se à criação
da UEM e ao
modelo que lhe
foi imposto pela
Alemanha

na incapacidade da União para definir uma estratégia coordenada em matéria de emprego, a não ser no que toca ao objetivo neoliberal, há longo tempo estatuído nos tratados, de promover “mercados de trabalho que reajam rapidamente às mudanças económicas”.

Neste tempo de crise, torna-se mais visível e mais preocupante a incapacidade da União de definir e executar uma *política efetiva* de promoção do pleno emprego, de combate ao desemprego e de proteção social aos desempregados. Mas tal incapacidade resulta dos próprios tratados estruturantes da UE, que nunca se preocuparam com estas questões. No título dedicado ao emprego não se fala de *pleno emprego* nem sequer de *desemprego*. E os arts. 145º e 146º do TSFUE, que se ocupam do *emprego*, limitam-se a proclamar o *empenho* da União e dos estados-membros em desenvolver *uma estratégia concertada em matéria de emprego*.

Os construtores desta ‘Europa’ confessam, assim, em dezembro de 2007, que *ainda não conseguiram desenvolver nenhuma estratégia concertada em matéria de emprego*. Mas *prometem empenhar-se* em o conseguir. Como poderemos levá-los a sério, quando sabemos que passaram mais de cinquenta anos sobre o *Tratado de Roma* e não fizeram nada? Pior ainda: quando sabemos que a única estratégia coordenada que tem sido levada à prática, de forma sistemática e empenhada, pela União e pelos estados-membros (governados por conservadores, por socialistas, trabalhistas ou sociais-democratas) é aquela que tem contribuído para a criação de “mercados de trabalho que reajam rapidamente às mudanças económicas”.

Esta a estratégia prosseguida de forma sistemática através das famosas *reformas estruturais* que a toda a hora se proclama serem essenciais para a ‘salvação do mundo’. Porque os interesses dominantes pressionam no sentido da adoção de políticas que fomentam o desemprego, não de políticas que combatem o desemprego e promovem o emprego. Um antigo ministro espanhol da economia confessa isto mesmo (em 1996) num livro em que analisa a sua experiência em um Governo do PSOE: “a redução do desemprego, longe de ser uma estratégia de que todos sairiam beneficiados, é uma decisão que, se fosse levada à prática, poderia acarretar prejuízos a muitos grupos de interesses e a alguns grupos de opinião pública”²¹. Quer dizer: as políticas ativas de combate ao desemprego e de promoção do emprego não são levadas a sério porque o *desemprego interessa a muitos grupos de interesses*, os interesses ligados ao grande capital, que, enfraquecendo os trabalhadores e as suas organizações, esperam poder reforçar as condições da sua exploração.

O que tem sido levado a sério pela Comissão Europeia são as políticas de ‘flexibilização’ do mercado de trabalho, tão do agrado do grande capital e sempre presentes na farmácia neoliberal, para promover a criação de empregos e melhorar a competitividade das economias.

Com efeito, apesar de, para o bem e para o mal, a política de salários estar fora das competências comunitárias, o ‘aparelho’ de Bruxelas vem atuando há anos (em consonância com os governos dos estados-membros da UE, deve dizer-se) no sentido de impor a ideia de que a ‘flexibilização’ da legislação laboral (a liberalização dos despedimentos), o esvaziamento dos mecanismos da contratação coletiva e a redução dos salários e dos direitos dos trabalhadores são elementos indispensáveis para que as economias da Europa recuperem competitividade²².

A pretexto da ‘ajuda’ aos países em dificuldade, as *troikas* têm reforçado a ação da Comissão Europeia, impondo, por toda a parte, as políticas de *arrocho salarial* e de anulação dos direitos dos trabalhadores (empregados e desempregados), a par do despedimento em massa dos trabalhadores da administração pública, privando os estados de um aparelho administrativo qualificado, competente e motivado.

No âmbito do controlo do cumprimento dos cânones maastrichtianos relativos ao défice público e à dívida externa, a Comissão Europeia (com a cumplicidade dos estados-membros da UE, ao menos dos ‘estados dominantes’) vem conseguindo fazer valer a sua orientação no sentido atrás descrito.

Um comunicado do Euro-Grupo (de 11 de março de 2011) anuncia, no contexto de medidas destinadas a reforçar a *governança económica* da UE, que os estados-membros deverão adotar um chamado *Pacto Euro Mais*, que aponta claramente no sentido do *desmantelamento da contratação coletiva*, talvez por se saber, graças à OIT, que ele tem sido, ao longo das últimas décadas, um instrumento mais efetivo de redistribuição do rendimento em sentido favorável aos trabalhadores do que as próprias políticas de redistribuição do rendimento. O argumento é o de que, para criar emprego, as economias europeias precisam ser mais competitivas (quer dizer, traduzindo do *europês*: pagar salários mais baixos)²³.

Em 15 de junho de 2011, o Conselho Europeu aprovou uma *Recomendação Sobre as Grandes Orientações das Políticas Económicas*, na qual se afirma expressamente que “os parceiros sociais deverão continuar a dar provas de sentido de responsabilidade, negociando nos

estados-membros acordos salariais concordantes com os princípios gerais definidos nas grandes orientações das políticas económicas”. A pretexto de avançar na governação comunitária das economias da União, está-se a incluir a política de salários nas competências da Comissão, para que esta possa, sem entraves, forçar a baixa dos salários e consagrar o *dumping salarial* (a par do *dumping fiscal*) como regra de ouro da concorrência entre os estados-membros da UE.

Em entrevista ao *Wall Street Journal* (24.2.2012), recordando por certo a lição de Milton Friedman (para quem o desemprego é sempre *desemprego voluntário* e é “uma situação com muitos atrativos”, insinuando que os subsídios de desemprego não passam de *subvenção à preguiça*), o presidente do BCE defendeu que “os europeus já não são suficientemente ricos para andarem a pagar a toda a gente para não trabalhar”.

No *relatório mensal* de agosto de 2012, o próprio BCE apareceu a defender que o aumento do desemprego se explica pelo fato de o nível dos salários não ter baixado o suficiente para que a economia europeia se torne competitiva. Deste axioma – cuja justeza ainda ninguém conseguiu justificar – deduz o BCE a necessidade de os países ‘endividados’ e com défice das contas públicas prosseguirem urgentemente com as políticas de *redução dos salários e das indenizações por despedimento*, baixando o salário mínimo, ‘flexibilizando’ ainda mais a legislação do trabalho, pondo termo à ponderação da inflação na fixação dos salários. Esta política não tem qualquer base teórica, e o BCE deve ocupar-se apenas, segundo os seus estatutos, das medidas de política monetária que garantam a estabilidade dos preços. Mas podemos compreender as suas preocupações: alguém tem de pagar as *rendas* do grande capital financeiro especulador, ao serviço do qual está o BCE. E o BCE entende que devem ser os trabalhadores a pagar essa fatura²⁴.

Tudo, como se vê, ao serviço dos objetivos já referidos de promover “mercados de trabalho que reajam rapidamente às mudanças económicas” e de “manter a capacidade concorrencial da economia da União”. As políticas acabadas de referir inserem-se nesta empreitada da construção da *Europa do capital*. Os milhões de desempregados da UE não poderão esperar grande coisa destas políticas e desta Europa.

11. Assim sendo, não é fácil perceber o que vai acontecer.

Sabemos, porém, que Pierre Moscovici – que foi diretor de campanha de François Hollande e é hoje o poderoso ministro da

economia do governo francês – teve o cuidado de esclarecer, durante a campanha eleitoral, que, se Hollande ganhasse as eleições, os défices públicos seriam reduzidos a partir de 2013, aquém de 3% do PIB, “custe o que custar”. É claro que vai custar mais recessão e mais desemprego²⁵.

É de esperar, portanto, que sejam agravadas as políticas contracionistas, geradoras de recessão e de desemprego, assentes na diminuição drástica das despesas do estado em investimentos produtivos e em investimentos na segurança social, na educação, na investigação científica, na saúde, e empenhadas na diminuição de salários e pensões, nos ataques à contratação coletiva e, em geral, aos direitos dos trabalhadores, e também no aumento dos impostos diretos e indiretos e no aumento dos preços dos bens e serviços essenciais.

Não é de esperar que Hollande e os seus seguidores venham dizer que o *pacto orçamental*, com a ‘regra de ouro’ e outras ‘regras’ que ele contém, arrasta consigo um entrave estrutural ao desenvolvimento da Europa e condena os países mais débeis ao ‘subdesenvolvimento’ e a um verdadeiro estatuto colonial, pelo que ele deve ser pura e simplesmente posto de lado.

E, descontadas as operações de marketing destinadas à diferenciação dos ‘produtos’ apresentados no mercado dos votos, também não é de esperar que digam: a nossa política de austeridade vai centrar-se no combate à corrupção, à fuga ao fisco e à fraude fiscal; no encerramento dos paraísos fiscais; na tributação das grandes fortunas, dos rendimentos do capital, das transações financeiras e dos ganhos especulativos; no combate aos desperdícios da administração pública; na “eutanasia do rendista” (Keynes), pondo termo a todas as *rendas* de que vive o capital financeiro, a começar pelas rendas das PPPs (Parcerias Público-Privadas).

Também não é de esperar, obviamente, que venham dizer: a política de promoção do crescimento e do emprego vai assentar na alteração do estatuto esquizofrénico do BCE; na utilização da capacidade de financiamento do BEI; no reforço e na facilitação do acesso aos fundos estruturais da UE; na subordinação do poder económico e do poder financeiro ao poder político democrático; no combate ao *dumping fiscal* no seio da UE; no controlo pelo estado da poupança nacional e do seu destino; na colocação da banca ao serviço

A União Europeia
não é um estado
federal, e creio que
os seus povos não
querem sê-lo

da economia; no aumento dos salários e na garantia dos direitos dos trabalhadores; no desmantelamento dos monopólios privados nos setores da energia e dos combustíveis, nas telecomunicações e na distribuição; no reforço do papel do estado em setores estratégicos da economia; no aumento do investimento do estado, nomeadamente em infraestruturas e nos setores da investigação científica, da educação e da formação profissional; no apoio às pequenas e médias empresas e às empresas exportadoras, às atividades da pesca e da agricultura.

Estas deveriam ser as verdadeiras *reformas estruturais* e não aquelas de que sempre nos falam quando pensam em esvaziar os direitos inerentes ao sistema de segurança social, em asfixiar a escola pública e o Serviço Nacional de Saúde; em anular a contratação coletiva, em baixar os salários, em aumentar a precariedade do emprego, em facilitar os despedimentos, em reduzir o montante do subsídio de desemprego e o prazo durante o qual é pago (em Portugal, só 34,5% dos trabalhadores desempregados recebiam, em junho de 2012, subsídio de desemprego: cerca de 500 mil trabalhadores desempregados não recebiam qualquer subsídio).

12. Tendo em conta o que fica dito, ocorre perguntar: o que está a ser encoberto por detrás de tanto alarido?

Em primeiro lugar, o conteúdo vazio das agora prometidas políticas de promoção do crescimento e do emprego.

Em segundo lugar, o firme propósito de *todos* os aparentemente desavindos (os socialistas de Hollande e os conservadores de Merkel) de prosseguir as *políticas de austeridade* ao serviço das *finanças sãs*, com o argumento de que elas são indispensáveis e de que (sempre o velho *slogan* thatcheriano) *não há alternativa* para elas.

Em terceiro lugar, a vontade de todos em manter de pé e fazer aplicar o ‘pacto’ assinado em março passado, um verdadeiro “golpe de estado europeu” (R.-M. Jennar), um *pacto contra o crescimento e contra o emprego*.

Como procurei mostrar, o ‘pacto orçamental’ é um verdadeiro *pacto colonial*, um *pacto de subdesenvolvimento*, incompatível com o crescimento económico e com o crescimento do emprego. Por isso, a proposta de Hollande (que é também, em Portugal, a proposta do PS-Partido Socialista) de manter em vigor o ‘pacto orçamental’ acrescentando-lhe um apêndice sobre o crescimento e o emprego é uma proposta sem sentido: equivale a dizer que, a partir de agora, a UE e os governos dos estados-membros vão passar todos a pedalar e

a travar ao mesmo tempo. Seria divertida se não fosse patética esta proposta da “esquerda choramingas”²⁶.

O que é grave é que, por detrás das propostas ‘técnicas’ contidas no ‘pacto’ está uma visão totalitária, que suprime a soberania e a igualdade entre os estados membros da UE (que os tratados continuam a consagrar) e que aponta para a *colonização* dos pequenos países pelos grandes. Este novo *pacto colonial* encerra, pois, ameaças sérias à democracia e à paz na Europa.

13. A presente crise do capitalismo deixou claro que, ao contrário de um certa leitura que dele se faz, *o neoliberalismo não dispensa um forte estado de classe* (cuja natureza foi claramente definida por Adam Smith, antecipando Marx).

Porque o neoliberalismo não é um fruto exótico que nasceu nos terrenos do capitalismo, nem é o produto inventado por uns quantos ‘filósofos’ que não têm mais nada em que pensar.

O neoliberalismo não existe fora do capitalismo.

O neoliberalismo é o capitalismo na sua essência de sistema assente na exploração do trabalho assalariado, na maximização do lucro, no agravamento das desigualdades.

O neoliberalismo é o reencontro do capitalismo consigo mesmo, depois de limpar os cremes das máscaras que foi construindo para se disfarçar. O neoliberalismo é o capitalismo puro e duro do século XVIII, mais uma vez convencido da sua eternidade, e convencido de que pode permitir ao capital todas as liberdades, incluindo as que matam as liberdades dos que vivem do rendimento do seu trabalho.

O neoliberalismo é a expressão ideológica da hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo.

E o *estado capitalista* – agora ostentando a máscara de *estado garantidor* (ou *estado garantia*) – aí está, forte contra os fracos, e fraco, submisso e cúmplice perante os grandes senhores do capital financeiro. Os seus defensores procuram apresentá-lo como *estado acima das classes* (a grande ambição de sempre do *estado capitalista*), num tempo em que, mais do que em qualquer outro período da história, tem sido particularmente ostensiva a sua natureza de *estado de classe*, de autêntica *ditadura do capital financeiro*, cujos interesses vem defendendo com unhas e dentes, à custa dos salários, do emprego, dos direitos e da própria dignidade dos trabalhadores, cada vez mais à custa da própria democracia²⁷.

14. Sobretudo numa revista de juristas e para juristas, vale a pena analisar, tendo em conta especificamente a realidade portuguesa, as ameaças à democracia que, em outro plano da atuação do estado, se vão tornando dramaticamente visíveis nos tempos que correm²⁸.

Na verdade, muita da violência sobre quem trabalha vem-se fazendo em claro desrespeito da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Uns anos atrás, a então presidente do partido que hoje é responsável pelo governo de Portugal (o PPD-PSD) admitiu que a ‘solução’ para resolver os problemas do país poderia estar na *suspensão da democracia durante seis meses*. Na altura, este ‘projeto’ envergonhado foi considerado um deslize lamentável. Mas a *troika* e os seus servidores em Portugal perderam a vergonha e estão a cumprir tal projeto, atuando como se a democracia tivesse sido suspensão, talvez por decisão dos “mercados”, pelo menos até 2018.

A gravidade desta *suspensão da democracia* é tanto mais preocupante quanto é certo que ela vai sendo feita com a cobertura do Tribunal Constitucional²⁹ e com a concordância (ou o estímulo?) de consagrados especialistas de direito constitucional, que têm vindo a público defender que “certas formalidades constitucionais” ou mesmo “algumas garantias” podem ser *ultrapassadas* ou *eliminadas* quando estiver em causa “a saúde pública [a ‘saúde’ do país, segundo penso], a necessidade pública, a felicidade pública”. Perante a necessidade de “tomar decisões” nestas matérias, “não podemos olhar a grandes rigores normativos e a rigores constitucionais”, porque “a felicidade pública é a lei superior”, argumentam estes autores³⁰.

15. Perante este discurso, impõe-se recordar que caminhos semelhantes foram percorridos por todos quantos, desde a sua entrada em vigor, tentaram desacreditar a Constituição democrática de 1976. Para tanto começou por se ressuscitar a velha tese das *normas constitucionais inconstitucionais*, inconstitucionais á luz de determinados *princípios* que estariam acima da própria Constituição.

Agora, os *princípios* que se consideram *acima da Constituição*, aos quais se atribui *força normativa superior à da Constituição*, são a *necessidade pública* e a *felicidade pública*, em nome dos quais se ‘revoga’ a Constituição sem as maças das dos procedimentos de revisão constitucional (“rigores constitucionais” que não são para levar a sério).

Quando começou a batalha que levou ao desmantelamento do setor público da economia, uma *principiologia* idêntica foi invocada

para defender que o *programa constitucional* em matéria de organização económica e de desenvolvimento económico deveria considerar-se subordinado, no que se refere à sua concretização, ao *princípio democrático* (identificado com a *regra da maioria* ou *regra do voto maioritário*), assim arvorado em *princípio primeiro* da constituição económica portuguesa.

Pretendia-se que as maiorias resultantes de eleições pudessem substituir a Constituição pelas leis aprovadas por essas maiorias, esquecendo que todos os órgãos de soberania legitimados pelo voto popular estão *vinculados à Constituição*, exercem as suas funções *nos termos da Constituição* e devem respeitar as concepções político-ideológicas e económico-sociais que informam o programa constitucional. E esquecendo também que, no quadro da Constituição então em vigor, “o princípio democrático e o princípio socialista (...) constituíam elementos integrantes e integrados de uma mesma ordem constitucional global”³¹.

O *dumping* fiscal é estimulado como prática de *concorrência desleal* entre estados que têm a mesma moeda

A *principiologia* que subjaz à tese das *normas constitucionais inconstitucionais*, à tese de que a Constituição se concretizaria de acordo com as leis aprovadas pela maioria constituída em cada momento, e às teses agora em cima da mesa (fazer vista grossa aos “rigores constitucionais” em homenagem à “necessidade pública” e à “felicidade pública”), significa, em boa verdade, a *negação da força normativa superior da Constituição*, o *esvaziamento da própria ideia de Constituição*.

À luz desta teoria principiológica, dir-se-ia que o primado da Constituição, a força normativa dos seus preceitos, a vinculação do estado (*estado de direito democrático*) à Constituição podem revelar-se verdadeiras “forças de bloqueio”³², em situações em que a *saúde da pátria* impõe decisões ‘patrióticas’ que não se compadecem com ‘ninharias’ como as que constituem o quadro de referência do *estado de direito democrático*.

Esta *principiologia* foi também o amparo das teses ‘legitimadoras’ da governação salazarista, que governava sempre *a bem da nação* e que justificava todos os atropelos às regras democráticas e aos direitos fundamentais (mesmo os poucos referidos na Constituição de 1933), com o argumento de que tal era indispensável para salvaguardar o *superior interesse da nação*, a “felicidade pública” do “bom povo

português”, que era necessário livrar dos inimigos, em especial dos *inimigos internos* (os comunistas, os sindicalistas, os republicanos democratas e outros que tais).

Com esta *principiologia* de contornos tão elásticos, tão pouco rigorosos e tão indefinidos (*saúde pública, necessidade pública, felicidade pública...*), Salazar poderia ter governado nos termos em que o fez, mesmo que estivesse em vigor a atual CRP: o respeito pela *lei superior da felicidade pública* não deixaria de ser invocado para ‘justificar’ o desrespeito dos *rigores normativos* da Constituição...

O que é muito claro é que esta longa *suspensão da democracia* (com o Governo, o Parlamento e o Presidente da República a atuarem sem “olhar a grandes rigores normativos e a rigores constitucionais”) está a ser utilizada para impor pela *violência* e pelo *medo* a destruição do nosso ténue estado social e para romper o contrato social com os trabalhadores, esbulhados dos seus salários, das suas pensões e dos seus direitos mais elementares, atingidos na sua própria dignidade.

16. Creio ser hoje ponto assente que a efetivação dos *direitos económicos, sociais e culturais* é uma condição indispensável para que possam ser exercidos e respeitados os clássicos *direitos, liberdades e garantias* (falam os especialistas da *unidade e indissociabilidade dos direitos fundamentais*). A esta luz, ganha relevo a importância do que está em causa quando se atacam e desrespeitam os *direitos fundamentais dos trabalhadores*: é a própria democracia que está em jogo.

Tenho a clara consciência de que as constituições não substituem a vida (não substituem a luta de classes) e muito menos fazem revoluções. E penso que elas nem sequer garantem, por si próprias, a efetiva concretização dos direitos fundamentais nelas consagrados: elas não são a árvore do paraíso, a fonte milagrosa de onde jorra em abundância o leite e o mel.

Mas esta consciência de que as constituições não são *varinhas mágicas* (nem são *o motor da história*) não pode negar a importância, no plano jurídico, no plano político e no plano civilizacional, da consagração daqueles direitos nos textos constitucionais. Esta consagração significa, desde logo, que o povo soberano quer que aqueles direitos sejam tratados como *direitos fundamentais* e significa, por outro lado, que os órgãos do poder político democrático devem sentir-se política e juridicamente vinculados a atuar no sentido da sua efetiva concretização.

Considero, por isso, particularmente perigoso que, apesar do elevado preço a pagar, se aceite a substituição da CRP pelo *Memorando* assinado com a *troika* (porque é disso que se trata!) e se ‘legitimem’, em obediência a esse *memorando-diktat*, as políticas que ignoram e anulam *direitos fundamentais dos trabalhadores* (*suspendendo* ou *atrofiando* a democracia) com base numa espécie de *estado de necessidade* (a necessidade obriga...), ‘justificando’ a ‘derrogação’ das normas constitucionais em homenagem a um qualquer *princípio superior* da “necessidade pública” ou da “felicidade pública”. Como se estes ‘princípios’ pudessem anular os direitos constitucionais que a CRP (arts. 53º, 58º/ n. 1, 59º/n.1/al. a), 59º/n. 3, 63º/n. 1) consagra como *direitos fundamentais dos trabalhadores*: o direito ao trabalho, o direito à segurança no emprego, o direito à segurança social, o direito à retribuição do trabalho, com *garantias especiais* para o salário.

Quem entende que, em nome destes *princípios superiores*, se pode ignorar a Constituição e a sua força normativa, suspendendo ou anulando os *direitos fundamentais dos trabalhadores*, fica sem argumentos para não ‘legitimar’, em nome dos mesmos *princípios superiores*, a suspensão ou anulação dos *direitos, liberdades e garantias*. Qual o critério para definir a fronteira?

17. A CRP (art. 19º) prevê o *estado de sítio* e o *estado de emergência*, definindo cada uma destas situações e determinando em que condições e de que forma elas podem ser declaradas.

À luz destes preceitos constitucionais, não estão reunidas as condições bastantes para justificar a declaração do *estado de sítio*, nem sequer do *estado de emergência*. Seria necessário, de todo o modo, adotar os procedimentos estabelecidos na CRP, fundamentar adequadamente a decisão tomada e regulamentar a sua duração e a sua extensão. Nada disto se fez.

Os comentadores de serviço e o próprio Tribunal Constitucional têm-se limitado a falar da *situação de emergência* que o país vive e têm argumentado que tal *situação de emergência* (que ninguém sabe o que é!) justifica que se invoque a referida *principiologia*, como quem invoca os poderes misteriosos de um deus oculto, para ‘legitimar’ a substituição do *estado de direito democrático* (o *estado de direito constitucional*) por uma espécie de *estado de exceção*, não por decisão do povo soberano, não em conformidade com qualquer procedimento previsto na Constituição, mas por decisão, segundo *puros critérios de oportunidade*, de um governo que goza,

conjunturalmente, de apoio majoritário no Parlamento. É converter a exceção em regra de vida. É aceitar que pode haver democracia sem Constituição, isto é, sem a subordinação dos órgãos de soberania ao normativo constitucional. Como se não soubéssemos que o recurso aos *critérios de oportunidade* (definidos pelos ditadores em consonância com os interesses que servem e os objetivos que prosseguem) integrou sempre o arsenal das armas utilizadas pelas ditaduras³³.

18. Um velho ‘princípio superior’ (que já vem do tempo dos romanos!) diz que ninguém pode ser obrigado a fazer aquilo que não pode fazer (*nemo ad impossibilita cogi potest*). Por outras palavras, aplicando ao caso concreto: a impossibilidade do devedor desonera-o perante o credor, cujos direitos decaem.

Ocorre perguntar qual a razão que impede os defensores da *principiologia* em análise de invocar este mesmo princípio para ‘justificar’ que o estado português não pague a sua dívida externa. Talvez invoquem, com grande sentido de estado, que um ‘princípio’ ainda superior ao atrás invocado é o princípio do *respeito devido ao capital financeiro*, que obriga a pagar, religiosamente, as dívidas aos bancos (as dívidas de jogo por eles contraídas e as dívidas perante eles assumidas pelos governos), e não deixa sequer lugar para se questionar a *legitimidade* dessas dívidas.

Em obediência ao mesmo *princípio superior da felicidade pública*, vai-se *vendendo a nossa soberania* a preços de saldo, entregam-se milhões e milhões aos bancos sem nada lhes exigir em troca, salvaguardam-se as *rendas* dos monopólios dos combustíveis, da energia, das telecomunicações, dos bens não transacionáveis e da distribuição, e as *rendas* dos parceiros privados das Parcerias Público-Privadas (PPPs).

Para além da justiça da medida em si mesmo, retirar estas *rendas* à nova nobreza das PPPs teria efeitos recessivos sobre a economia muito menores do que o corte dos salários. Tal medida permitiria ainda reduzir a despesa do estado e/ou resgatar fundos que o estado poderia utilizar para apoiar a economia, a criação de riqueza e de emprego, nomeadamente nas atividades que produzem bens transacionáveis (bens exportáveis ou susceptíveis de substituir importações).

Alegam, porém, as vozes oficiosas que, nesta matéria, é difícil alterar as coisas, porque há contratos a cumprir. Como se tais contratos não fossem, em regra, *contratos leoninos*, isto é, contratos anuláveis

á luz do direito. Como se não houvesse contratos a cumprir com os trabalhadores do estado, com os pensionistas e com outras vítimas deste *estado garantidor* ao serviço do capital financeiro. Quanto a estes, o governo não se sentiu limitado, nem legalmente nem eticamente, quando rompeu, por decisão unilateral, o contrato (jurídico e social) que tinha com eles, numa atuação que se pretende ‘legitimar’ em nome do tal *princípio superior da necessidade pública*. Este ‘princípio’ já não vale, pelos vistos, perante contratos que se relacionam com “os mercados”, que interferem com a *confiança dos mercados*, bem raro e precioso indispensável à salvação da pátria.

Esta ideia de ‘matar’ Keynes está na raiz do processo de integração europeia

Trata-se, agora, de aceitar que a CRP seja revogada (substituída) pelas *leis dos mercados* (anunciadas pelas suas pitonisas: as *troikas*, as agências de *rating*, os *mercozys*...). Talvez por imperativo do ‘princípio superior’ segundo o qual “os mercados” estão acima da Constituição e as imposições dos “mercados”, as ‘regras’ dos *jogos de casino* estão acima dos normativos constitucionais. *Markt über alles!*

19. Dizem outros que a posição do governo é muito difícil, porque os ditos ‘parceiros’ privados se recusam a renegociar as cláusulas dos contratos que estão na base das PPPs. E, quando se argumenta que esses contratos são anuláveis (porque são *contratos leoninos*), respondem que não adianta ir para tribunal, porque antes de dez ou vinte anos nada estaria resolvido. Aqui fica um conselho dado de graça: diga o Governo que deixa de pagar, transferindo para os ‘parceiros privados’ que se recusam a renegociar a necessidade de ir a tribunal fazer valer os seus direitos. No dia seguinte, estarão todos de rabinho entre as pernas, prontos a renegociar tudo...³⁴

Vivemos uma situação em que uma boa parte das poupanças, dos salários, das pensões dos trabalhadores portugueses e da riqueza que eles produzem, acrescentada com o dinheiro que a *troika* nos emprestou a taxas de juro agiotas, são entregues aos bancos para eles continuarem a especular (nada lhes é exigido no que se refere à concessão de crédito às empresas e às famílias).

Será que a *necessidade pública* de controlar as poupanças dos portugueses e de as encaminhar para investimento produtivo e inovador e para a promoção da *saúde pública* (a saúde da economia

portuguesa) e da *felicidade pública* (criando emprego para os desempregados) poderá justificar a nacionalização da banca sem pagar indenizações, embora contornando alguns *rigores normativos ou constitucionais*?

Ou será que *os princípios superiores* da “necessidade pública”, da “saúde pública” e da “felicidade pública”, invocados para ‘legitimar’, contra o disposto na CRP, o esbulho dos trabalhadores portugueses, impõem, neste caso, todos os “rigores normativos” e todos os “rigores constitucionais”? A garantia dos interesses do capital financeiro (insaciável como um poço sem fundo), a salvaguarda dos privilégios da banca e da impunidade dos banqueiros terá mais peso, à luz do direito, do que a garantia dos *direitos fundamentais dos trabalhadores*, a garantia dos direitos sociais dos portugueses, a defesa da economia e do emprego? A *ditadura do capital financeiro* está acima do *estado de direito democrático*?

20. Duas reflexões, a concluir este apontamento:

1) a *principiologia* que venho criticando tem dado cobertura às políticas do atual governo português, apostado em preservar a todo o custo (*custe o que custar*, como diz, repetidamente, o primeiro-ministro) as *rendas* e os privilégios das elites dominantes;

2) a democracia nunca é uma conquista definitiva. E a negação da força normativa superior da Constituição, o esvaziamento da própria ideia de Constituição não são um bom serviço à democracia. Também neste terreno é necessário cultivar e defender a democracia todos os dias, porque as ameaças à democracia podem vir de onde menos se espera.

21. A permanência e a evolução da crise vieram revelar a verdadeira face da *Europa neoliberal* (a *Europa do capital*): um grande mercado interno, com uma economia incapaz de crescer, um espaço sem coesão social, sem o mínimo sentimento de pertença, um espaço em que alguns estados se assumiram como ‘donos da bola’ e têm imposto as ‘regras do jogo’, humilhando os trabalhadores europeus e tratando com laivos de superioridade rácica os ‘povos do sul’.

Como se diz atrás, a atual União Europeia é fruto de uma ‘história’ de que se quiseram tirar os povos da Europa, é a concretização de um projeto que se foi desenvolvendo, até agora, “à porta fechada”, “ignorando sempre a população”, não admirando, por isso mesmo, que não haja, por parte dos povos da Europa, “a consciência de partilhar um destino europeu comum”. E, sendo assim, compreende-se que

alguém como Habermas tema que crises como a atual acentuem “a possibilidade real do fracasso do projeto europeu”³⁵.

Na tentativa de evitar o “fracasso do projeto europeu” e de salvar o capitalismo, o filósofo alemão entende, à maneira de Keynes, que a única alternativa que nos resta é a de “civilizar e domesticar a dinâmica do capitalismo a partir de dentro”, preservando o “estado de direito social e democrático”.

É um projeto de ambição limitada, mas a tarefa não se afigura fácil. Na verdade, como o próprio Habermas reconhece, “o continente europeu submeteu-se ao Consenso de Washington”, levando a cabo políticas de “retração do estado” cujos “danos materiais e morais, sociais e culturais” a presente crise só veio acentuar. E a ideologia neoliberal dominante, acompanhando a lição de Habermas, “atribui uma prioridade impiedosa aos interesses dos investidores, aceita com indiferença a desigualdade social crescente, o surgimento de um grupo social em situação de precariedade, de pobreza infantil, salários baixos etc., esvazia, com o seu delírio de privatizações, as funções fundamentais do Estado, vende o que reste de deliberação na esfera a investidores financeiros que maximizam os lucros, faz depender a cultura e a educação dos interesses e dos caprichos de financiadores que dependem das conjunturas económicas”. Em conformidade, as políticas neoliberais (prosseguidas por governos conservadores, socialistas, trabalhistas ou sociais-democratas) vêm insistindo, como salienta Habermas, na “privatização do regime de pensões e dos cuidados de saúde, dos transportes públicos, do abastecimento de energia, do sistema penal, dos serviços de segurança militares, de vastos setores da educação escolar [sic] e universitária e da entrega da infraestrutura cultural das cidades e comunidades ao empenho e à generosidade de financiadores privados”.

Apesar de “desacreditada” no plano teórico toda a construção neoliberal e apesar dos resultados calamitosos das políticas neoliberais, que a crise veio revelar e acentuar, a social-democracia europeia não dá quaisquer sinais de pretender arrepiar caminho, continuando fiel à tese de que *não há alternativa*. Ora, sendo assim, não se vê como “civilizar e domesticar a dinâmica do capitalismo a partir de dentro”, porque – na leitura do próprio Habermas – a ‘filosofia’ e as consequências das políticas neoliberais são “difícilmente conciliáveis com os princípios igualitários de um estado de direito social e democrático”³⁶. *A Europa neoliberal, a Europa do capital* não quer um ‘capitalismo keynesiano’, aposta no regresso ao capitalismo selvagem do século XVIII, o capitalismo na sua essência, crente na sua eternidade.

22. A verdade, porém, é que como em 1848, *anda um espectro pela Europa*, o espectro da paralisia da UE enquanto entidade jurídica, política e econômica, o espectro da “possibilidade real do fracasso do projeto europeu”. É neste quadro que alguns defendem uma espécie de ‘fuga para a frente’, argumentando que o grau avançado de integração econômica e (sobretudo) monetária a que se chegou não é sustentável se não se avançar para um nível correspondente de *integração política*, que abranja outras áreas para além da economia. Habermas vai ao ponto de defender que a UE se encontra numa encruzilhada entre “um aprofundamento da cooperação europeia e o abandono do euro”³⁷.

Se muitos dos problemas que nos afligem resultam de erros na construção da ‘Europa’ e na definição do seu modo de funcionamento e dos seus objetivos; se se entende que o Pacto de Estabilidade e Crescimento é uma solução “estúpida”; se o BCE é uma entidade que sofre de esquizofrenia congénita; se admitimos que a criação da UEM foi uma decisão precipitada e sem bases técnicas, que pode ter conduzido ao “fracasso de uma fantasia”, seria, a meu ver, inadmissível que se cometesse um erro ainda maior, que se embarcasse numa “fantasia” muito mais perigosa (a da federalização da Europa), na mira de resolver, com este salto no escuro, erros anteriores. Esta ideia de criar um estado europeu só porque já temos uma união monetária que precisa de um estado para sobreviver é tão absurda, tão patética e tão monstruosa como a famosa proposta de Dominique Strauss-Kahn: “Fizemos a Europa, agora é preciso fazer os europeus.”³⁸

Todos parecem concordar que não há um *povo europeu*. Nesta “Europa com falta de definição e de limites”, a “insegurança identitária” ajuda a compreender que, para além de fatores profundos que radicam na história, o estado-nação constitua, para cada um dos cidadãos e para cada um dos povos da Europa, a matriz e o espaço da soberania, da liberdade e da cidadania. Não existindo um sentimento de pertença a uma mesma comunidade de destino, nenhum ‘rolo compressor’ pode pôr de pé um estado europeu digno deste nome. Os povos e os estados não se constroem por decreto e muito menos por vontade dos *straus-kahn* que se julgam donos da Europa.

Direi que, filosoficamente, não rejeito, em absoluto, a ideia de um *estado federal europeu*, desde que se defina o que é a Europa e quais as suas fronteiras. Na minha modesta opinião, porém, essa ideia não constitui, na nossa perspectiva histórica, um objetivo político minimamente realista. A ideia de um estado federal europeu nem chega a ser uma utopia, é uma impossibilidade, é uma quimera que nem em sonhos se concretiza.

O comportamento da ‘Europa’ ao longo destes anos de crise veio reforçar esta minha convicção. A chamada *crise das dívidas soberanas* veio pôr a descoberto a “Europa como ela é”, a Europa que os cidadãos europeus já recusaram. Com o objetivo de ‘esconder’ as causas e a natureza da crise, optou-se pela ‘solução’ de castigar os ‘povos inferiores’, pôr-lhes a rédea curta, e convencê-los de que a sua cura tinha de passar por um calvário de sacrifícios, indispensáveis para que eles aprendam que não podem querer viver acima das suas posses. Foi o tempo em que se assistiu ao triste espetáculo da *desunião europeia*, com os portugueses (e outros ‘europeus’) a dizer que Portugal não era a Grécia, outros a dizer que a Espanha não era Portugal, outros ainda a dizer que a Itália não era a Espanha, e ainda outros a dizer que a França não era a Itália... A ‘Europa’ no seu melhor!

A meu ver, a ‘leitura’ alemã da crise e as políticas que dela têm resultado podem ter servido os interesses (conjunturais) da Alemanha, mas ameaçam destruir a Europa. Estão a destruir as economias europeias e estão a romper o tecido social dos estados europeus, e podem destruir até a ‘Europa’ que os seus mentores têm vindo a construir à socapa, que poderá não resistir à *destruição da credibilidade do euro* enquanto moeda que aspirava ao estatuto de *moeda mundial de referência*, projeto em que tanto investiram os seus ‘inventores’³⁹.

Tal ‘leitura’ e tais políticas anularam por completo a referida ideia de alicerçar o ‘projeto europeu’ em uma *Alemanha europeia* (uma Alemanha com raízes fundas na ‘Europa’ e respeitadora dos interesses europeus), abrindo caminho a uma *Europa alemã*, uma Europa ‘governada’ pela Alemanha privilegiando os interesses da Alemanha. E este novo poder da Alemanha, nesta Europa à deriva, está, com razão, a assustar muita gente.

Porque a democracia pode estar em perigo. ‘Matou-se’ a *Europa social* e esta *Europa do capital* é, cada vez mais, uma Europa marcada por desigualdades intoleráveis, geradas por políticas que buscam a *injustiça social* ou a aceitam como algo natural e talvez até desejável. Amartya Sen tem insistido neste ponto: sem justiça social não há democracia. E Paul Krugman recordou há pouco tempo que a democracia está em perigo, “uma vez que a concentração extrema do rendimento é incompatível com a democracia real”⁴⁰.

Em obediência ao
mesmo princípio
superior da
felicidade pública,
vai-se vendendo a
nossa soberania a
preços de saldo

Porque a paz pode estar também em perigo. É de ‘guerra’ que se trata quando os estados mais fortes e mais ricos humilham os povos dos países mais débeis, ‘castigando-os’ em público com ‘penas infamantes’ e condenando-os a um verdadeiro *retrocesso civilizacional* em nome da *verdade* dos ‘catecismos’ neoliberais impostos pelo grande capital financeiro. O “golpe de estado europeu” que analiso atrás, sob a capa de soluções ‘técnicas’, dá corpo a uma visão totalitária que suprime o que resta das soberanias nacionais, ignora a igualdade entre os estados-membros da UE e aponta para a *colonização* dos pequenos países pelos grandes.

“Agora na Europa fala-se alemão”, afirmou num congresso em Leipzig (novembro/2011) o secretário-geral do partido da Srª Merkel. Muito bem (ou muito mal). A Alemanha poderá, finalmente, tornar-se a potência hegemónica da Europa, ambição que parece não abandonar os dirigentes alemães. Esta Europa poderá até *falar alemão*, poderá até aproximar-se do “quarto Reich” de que falam alguns, recuperando a expressão cunhada, em 1995, pelo historiador inglês Andrew Roberts⁴¹. Mas uma *Europa de servos* não será nunca uma *Europa de desenvolvimento e de paz*.

Nas condições descritas, compreende-se que não haja, por parte dos povos da Europa, “a consciência de partilhar um destino europeu comum”. E compreendem-se os receios de Habermas quanto à “possibilidade real do fracasso do projeto europeu”.

Em suma: não vejo como, neste terreno pantanoso, movediço e falso, poderá construir-se algum edifício com um mínimo de solidez. A pequena história da ‘Europa’ que exponho atrás só legitima, a meu ver, todas as dúvidas e toda a desconfiança relativamente às propostas federalistas de ‘fuga para a frente’ que, mais uma vez, são ‘vedetas’ no discurso político ‘oficial’ e nos meios de comunicação dominantes (o que é preciso é *mais Europa*, maior integração política).

Deixando de lado, aqui e agora, questões mais complexas que não cabem nos objetivos deste trabalho, creio que o cerne do problema está na dificuldade em conseguir o “aprofundamento da cooperação europeia” de que fala Habermas. E sem isso não faz sentido qualquer aprofundamento da integração política na Europa. Nas condições atuais, parece-me óbvio que o reforço da integração política no quadro da UE só pode significar o reforço da subjugação dos estados mais fracos aos interesses das potências dominantes, instituindo na Europa uma espécie de *colonialismo interno*. Para os países mais débeis, os problemas só se agravarão, e os ‘estados

colonizados' deixarão de gerir o seu presente e de decidir sobre o seu futuro. A realidade que procurei caracterizar só pode levar à conclusão de que, neste contexto, a proposta de se avançar para a construção de um *estado federal europeu* é uma pura *fuga para a frente*, ou um salto para o lado, para não encarar e resolver os problemas que nos afligem e fugir às soluções que acautelem o nosso futuro⁴².

23. Há mais de cinquenta anos o argentino Raúl Prebisch (o primeiro presidente da agência da ONU Comissão Económica para a América Latina) avisou que as soluções liberais só podem concretizar-se *manu militari*.

A *visão totalitária* veiculada pelo *pensamento único neoliberal* dá pleno sentido aos perigos reais do “fascismo de mercado” a que se referia, em 1980, um autor tão insuspeito de subversivo como Paul Samuelson e faz sentido concluir que a *ditadura invisível do capital financeiro* (de que fala Eduardo Galeano, em entrevista recente à TVE) se configura já mais perigosa do que o “fascismo amigável” de que falava um outro autor americano, Bertram Gross, num livro com este título (1981).

E talvez valha a pena recordar que foi este mesmo espírito de sobrançeria e de intolerância que levou a considerar criminosos todos os que se atreviam a pôr em causa os *dogmas da verdade verdadeira* (indiscutível porque *dogmática*) e a criar a *Inquisição* (que levou Galileu a renegar a sua ‘verdade’) e as *fogueiras da Inquisição* (onde morreu Giordano Bruno, que se recusou a renegar a sua ‘verdade’).

Há cerca de um ano, observava Michel Rocard que, “no estado de exasperação em que este povo [o povo grego] se vai encontrar, é duvidoso que qualquer governo grego possa manter-se sem o apoio do exército. Esta triste reflexão é sem dúvida válida para Portugal ou para outros países maiores”⁴³. E pergunta: “Até onde iremos?”

É uma boa pergunta, porque, perante o retrocesso civilizacional a que se pretendem condenar os povos da Europa, faz todo o sentido, com efeito, temer pela própria democracia. O que significa que se impõe lutar por ela todos os dias, combatendo as estruturas neoliberais que governam a Europa e o mundo, porque este é, essencialmente, um combate pela democracia.

Num artigo publicado em 2009, Joseph Stiglitz sustenta que “este sucedâneo de capitalismo, no qual se socializam as perdas e privatizam os lucros, está condenado ao fracasso”. Acompanho-o

neste voto-previsão. Mas todos sabemos que, apesar de não faltarem razões para deitar fora os catecismos neoliberais, (o neoliberalismo está completamente desacreditado no plano teórico, e os resultados das políticas neoliberais são consabidamente desastrosos), o neoliberalismo não saiu de cena: os pontos deste ‘teatro do mundo’ continuam a soprar aos atores em palco os mesmos textos... E os governantes de turno não conhecem outra cartilha.

Nestas condições, creio que, como cidadãos e como universitários, não podemos desertar do nosso posto: temos o dever de resistir, no terreno do trabalho teórico (que nos ajuda a compreender a realidade para melhor intervirmos no sentido de a transformar) e no terreno da luta ideológica (que nos ajuda a combater os interesses estabelecidos e as ideias feitas), porque a luta ideológica é, hoje mais do que nunca, um fator essencial do combate político e das lutas sociais.

Um poeta brasileiro (Álvaro Moreyra), escreveu num dos seus poemas que *este mundo está todo errado. É preciso passá-lo a limpo*. Diria o mesmo desta ‘Europa’: *a Europa está toda errada. É preciso passá-la a limpo...* Esta é uma tarefa dos povos da Europa. E não é tarefa fácil.

Temos a nosso favor a consciência de que, como sublinha Eric Hobsbawm, “o futuro não pode ser uma continuação do passado, e há sinais, tanto externamente como internamente, de que chegámos a um ponto de crise histórica. (...) O nosso mundo corre o risco de explosão e de implosão. Tem de mudar”⁴⁴.

Por outro lado, vão-se abrindo brechas na fortaleza do capitalismo globalizado, e temos de as aproveitar. Há mais de dez anos, *The Economist* reconhecia que “os que protestam contra a globalização têm razão quando dizem que a questão moral, política e económica mais urgente do nosso tempo é a pobreza do Terceiro Mundo. E têm razão quando dizem que a onda de globalização, por muito potentes que sejam os seus motores, pode ser travada. É o fato de ambas as coisas serem verdadeiras que torna os que protestam contra a globalização tão terrivelmente perigosos”⁴⁵.

Num momento de lucidez, um dos faróis do neoliberalismo veio dizer o que nós já sabíamos: *os motores da globalização neoliberal* podem ser parados ou mesmo postos a andar em marcha atrás; a *inevitabilidade* da globalização neoliberal é um mito; a tese de que *não há alternativa* é um embuste.

Os povos da Europa não aceitarão ser tratados como ‘povos inferiores’, condenados a ser “uma futura subprovíncia alemã

no âmbito da ‘marca’ alemã”⁴⁶. Mais cedo ou mais tarde, hão-de recuperar a sua liberdade e a sua soberania. E então, em condições completamente diferentes, talvez pensem em construir uma outra Europa, assente no desenvolvimento científico e tecnológico, uma Europa socialmente coesa e solidária, uma Europa de paz e promotora da paz, com base na cooperação entre os seus povos e com todos os povos do mundo.

Temos também a consciência das dificuldades do nosso trabalho. Mas elas não podem desmobilizar os que acreditam, como Chico Buarque, que, se trabalharmos bem e juntos, uma flor há-de nascer do “impossível chão”. E não há tempo a perder. Porque – como diz uma outra canção do Chico – “quem espera nunca alcança”. Aos que persistem na afirmação irracional de que *não há alternativa*, temos de dizer, cantando bem alto: “Apesar de você, amanhã há-de ser outro dia”.

Notas

*A problemática aqui abordada ficará melhor enquadrada e será melhor compreendida no seu significado e alcance se os leitores, caso entendam que vale a pena, quiserem complementar a sua leitura com a de dois livrinhos meus, que tive a alegria de ver editados no Brasil: *As Voltas que o Mundo Dá – Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011 e *A crise atual do capitalismo – capital financeiro, neoliberalismo, globalização*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Prefácio de Eros Roberto Grau).

¹ Cfr. A. Lechevalier/G. Wasserman, *ob. cit.*, 55.

² Ver, por exemplo, *A Constituição Europeia – A constitucionalização do neoliberalismo*, Coimbra Editora/Editora Revista dos Tribunais, Coimbra/São Paulo, 2006/2007 e *A crise atual do capitalismo*, *cit.*

Cfr. J. Génereux, *ob. cit.*, 14.

⁴ Ver *Le Monde Diplomatique*, ed. port., julho/2005.

⁵ Cfr. *ob. cit.*, 136.

⁶ Indicações colhidas em S. Halimi, “O crime...”, *cit.*

⁷ Os “mercados” têm rosto, como se vê. Estes são alguns dos rostos dos “mercados”, alguns dos ‘mercadores’ que especulam contra o euro atacando os estados-membros mais fracos da Eurozona, e que, como ‘governantes’, se dedicam às tarefas de combater a crise que eles próprios desencadearam e que alimentam todos os dias. Um retrato mais completo dos rostos dos mercados financeiros pode ver-se em G. GEUENS, *ob. cit.*: nos conselhos de administração do restrito clube de bancos, companhias de seguros, fundos de pensões, fundos

de investimento e outras instituições financeiras que controlam metade de todo o capital cotado em bolsa à escala mundial sentam-se muitos antigos governantes (primeiros ministros, chanceleres, ministros) de vários países europeus, não apenas conservadores, mas também socialistas, sociais-democratas e trabalhistas. Todos trabalham para os especuladores, para aqueles que são “a aids da economia mundial”.

⁸ Não é de estranhar, por isso mesmo, que do Governo Papademos fizessem parte ‘técnicos’ pertencentes a um partido político de extrema-direita, impedido de participar em quaisquer governos desde a queda da ditadura militar na Grécia, em 1974.

⁹ Segundo *Les Échos*, 16.12.2011.

¹⁰ Já a Grécia respirava mal em virtude das dificuldades resultantes do peso da dívida e a Alemanha emprestava dinheiro ao governo grego com a condição de este não reduzir os programas de aquisição de navios de guerra e outro material bélico que a Alemanha queria vender. E a Alemanha vendeu ao governo grego, por muitos milhares de milhões de euros, cinco submarinos Type-214, ao mesmo tempo que a França lhe vendia (em 2009, em plena crise!) vinte helicópteros militares NH-90, e o RU vendia quatro navios de guerra *Super Vita*, somando mais uns milhares de milhões de euros. O respeitado instituto sueco SIPRI apurou que a Grécia absorveu, entre 2007 e 2011, 13% das exportações alemãs e 10% das exportações francesas de material de guerra. (Cfr. *Diário Económico*, de 20.3.2012).

¹¹ Ver, entre outros, *Diário Económico*, de 7.7.2012.

¹² Esta é uma prática frequente dos grandes bancos de investimento. Nos EUA, o *Goldman Sachs*, o *Morgan Stanley* e o *J. P. Morgan* foram acusados de apostar no colapso dos investimentos de risco que recomendavam aos seus próprios clientes. Além de multas mais ou menos simbólicas, não têm nada a temer. As leis são feitas para os proteger. Serge Halimi (*Le Monde Diplomatique*, ed. port., maio/2011) cita, a este propósito, um dos responsáveis da Comissão de Regulação Bancária da China, segundo o qual este comportamento das autoridades competentes revela a “captura” dos estados capitalistas pelo sistema financeiro. Como é óbvio. Tal como é óbvia a razão do comentário de S. Halimi: “os responsáveis políticos comportam-se demasiadas vezes como marionetas que se preocupam, sobretudo, em não incomodar o festim dos banqueiros”.

¹³ Cfr. J. Cadima, *ob. cit.*.

¹⁴ A expressão é de Lourdes Benería e Carmen Sarasúa (*El País*, 29.3.2011).

¹⁵ Basta ler *The New York Times* (11.12.2010): “esta elite de Wall Street reúne-se todas as quartas-feiras de cada mês no Midtown de Manhattan à roda de um objetivo comum: proteger os interesses dos grandes bancos no mercado de derivados, uma das áreas mais lucrativas e mais controvertidas do mundo financeiro, partilhando um segredo comum: os pormenores destes encontros e

as suas identidades são estritamente confidenciais” (*apud* V. Navarro, J. López e A. Espinosa, *ob.cit.*, 70/71).

¹⁶ Cfr. J. Habermas, *ob. cit.*, 135-140 e 153/154.

¹⁷ Tendo em conta o processo de integração europeia, J. Habermas (*ob. cit.*, 73) fala de “expropriação das entidades soberanas democráticas por poderes executivos”. E a verdade é que o Parlamento Europeu, apesar de todas as ‘promessas’ que acompanharam a aprovação do chamado *Tratado de Lisboa*, continua a ser um *nada político*.

¹⁸ Cfr. J. Habermas, *ob. cit.*, 163-9.

¹⁹ O TEGC é acompanhado por um outro tratado ainda mais estranho, que cria o *Mecanismo Europeu de Estabilidade* (MEE), uma espécie de FMI caseiro (mas com ligação umbilical ao FMI propriamente dito), destinado a substituir, depois de 2013, os mecanismos entretanto utilizados para ‘ajudar’ os países que se viram a braços com problemas de dívida soberana, por terem sido obrigados a assumir como dívida pública as dívidas de jogo da banca privada e das entidades financeiras que fazem da especulação contra o euro um dos seus negócios.

Nos termos do ‘tratado’, o MEE fica nas mãos dos “mercados”, o que significa que não escapará à alçada das sacrossantas agências de *rating* e terá de pagar aos “mercados” (i.é, aos bancos) juros mais elevados do que aqueles que a banca privada paga ao BCE (à roda de 1%), cobrando aos estados carecidos de ‘ajuda’ juros mais elevados do que aqueles que o próprio MEE tiver de pagar. Porque negócio é negócio e não há almoços grátis, como toda a gente sabe...

Este ‘tratado’ esvazia ainda mais a já débil estrutura democrática de funcionamento da UE e continua a tarefa de esvaziar as competências dos órgãos politicamente legitimados pelo sufrágio universal, confiando-as às instâncias tecnocráticas da União. Acresce este ‘tratado’ vai entrar em vigor através do *procedimento simplificado* (sem passar sequer pela ratificação dos parlamentos nacionais), porque os ‘donos’ da Europa decidiram que ele não aumenta as competências da UE.

²⁰ Cfr. R.-M. Jennar, *ob. cit.*

²¹ *Apud* V. Navarro, J. López e A. Espinosa, *ob. cit.*, 83-4.

²² Como não recordar o foguetório desenvolvido por ocasião da famosa *Estratégia de Lisboa* (março/2000), onde se proclamava o objetivo de fazer da UE a “economia do conhecimento mais dinâmica e competitiva do mundo”, apontando para o “pleno emprego de qualidade” que garanta maior coesão social? As voltas que o mundo dá...

²³ Salários tão baixos que, em vários países da ‘rica’ Europa, alastra dramaticamente a mancha dos “pobres que trabalham” (pessoas que, estando empregadas, não ganham o suficiente para ultrapassar a linha da pobreza). A Alemanha não escapa a esta realidade. Segundo informações colhidas em *El País* (4.1.2011) e em *Avante* (13.1.2011), cerca de 5 milhões de trabalhadores

alemães ganhavam, nessa altura, 400 euros mensais, sendo que 11, 5 milhões de alemães viviam abaixo do limiar da pobreza (rendimentos inferiores a 965 euros mensais). É o resultado da famosa *Agenda 2000*, concebida e levada à prática pelo Chanceler social-democrata Gerhard Schroeder, justamente conhecido por “camarada dos patrões”.

²⁴ Em Portugal, este processo de empobrecimento acelerado dos trabalhadores está a avançar a grande velocidade. Para facilitar a criação de emprego (outros dizem: para obrigar os trabalhadores a regressar mais rapidamente ao mercado de trabalho), reduzem-se os salários e os direitos sociais dos trabalhadores, aumenta-se por lei o tempo de trabalho prestado gratuitamente pelos trabalhadores, facilitam-se os despedimentos, diminuem-se os subsídios de desemprego e a duração do seu pagamento. Em junho/2012, os números oficiais revelam que apenas 43,5% dos trabalhadores desempregados recebiam subsídio de desemprego (463 mil desempregados não recebiam qualquer transferência da Segurança Social).

²⁵ Ver www.l'express.fr, 8.11.2011. Também sabemos que Moscovici era, antes de ser ministro, vice-presidente do *Cercle de l'Industrie*, organização que representa os principais grupos industriais franceses.

²⁶ A expressão “esquerda choramingas” é de Frédéric LORDON (“A desglobalização e os seus inimigos”, em *Le Monde Diplomatique*, ed. port., agosto/2011), para caracterizar uma ‘esquerda’ que lamenta, com uma lágrima ao canto do olho, as desigualdades e o desemprego, mas leva tudo à conta da *globalização incontornável* (sempre a ideia de que *não há alternativa*), recusando-se a identificar as suas causas, para não ter de as combater. Uma ‘esquerda’ que, segundo o autor, não está interessada a pôr em causa o que diz ser uma consequência *inevitável* da ‘globalização’: “a concorrência falseada entre economias com *standards* salariais abissalmente diferentes; a ameaça permanente de deslocalização; o constrangimento accionista que exige rentabilidades financeiras sem limites, de tal forma que a sua combinação opera uma compressão constante dos rendimentos salariais; o desenvolvimento crónico das famílias que isso origina; a liberdade absoluta do sistema financeiro para desenvolver as suas operações especulativas desestabilizadoras, neste caso a partir de dívidas contraídas pelas famílias (como no caso dos *subprime*); o sequestro dos poderes públicos, instados a socorrer instituições financeiras enfraquecidas pelas crises recorrentes; o pagamento do custo macroeconómico destas crises pelos desempregados e ainda o seu custo para as finanças públicas pago pelos contribuintes, pelos utilizadores de serviços, pelos funcionários públicos e pelos pensionistas; a subtração aos cidadãos de qualquer forma de controlo da política económica, agora regulada unicamente pelas exigências dos credores internacionais, seja qual for o preço a pagar pelos corpos sociais; a transferência da gestão a política monetária para uma instituição independente, fora de qualquer controlo político”.

²⁷ No meu livro *As voltas que o mundo dá...*, cit., analiso o significado deste *estado garantidor* que se pretende substitua o (já velho e cansado) *estado regulador*.

²⁸ Sobre a problemática a seguir abordada, recomendo a leitura do importante artigo de A. M HESPANHA, identificado na Bibliografia.

²⁹ Podem ver-se, a este respeito, os seguintes acórdãos: Acórdão 3/2010, de 6.1.2010 (em http://www.dgaep.gov.pt/upload/Legis/2010_acordao_3_02_02.pdf); Acórdão 251/2011, de 17.5.2011 (em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110251.html>); Acórdão 396/2011, de 21.9.2011 (em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>); Acórdão 613/2011, de 13.12.2011 (em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110613.html>).

³⁰ Transcrevo excertos de uma entrevista de J. J. Gomes Canotilho à *Antena 1*, em 19.10.2011.

³¹ Desenvolvi estas questões em um estudo publicado em 1985: “A garantia das nacionalizações...”, cit.

³² Há uns anos atrás, quando era primeiro-ministro, o atual presidente da República de Portugal utilizou esta expressão para estigmatizar a atuação de outros órgãos de soberania, entre os quais o Tribunal Constitucional.

³³ Esta postura está presente mesmo no Acórdão do Tribunal Constitucional n. 353/12, de 5 de Julho, que veio declarar inconstitucionais os artigos da lei que aprovou o orçamento de estado para 2012 que determinaram o não pagamento do subsídio de férias e do subsídio de natal aos trabalhadores do estado e aos pensionistas da Segurança Social. A razão invocada é a violação do *princípio da igualdade* (art. 13º CRP), esquecendo o TC que, antes desse princípio, foram sacrificados, em nome de compromissos assumidos pelos governos do PS e do PSD/CDS, através de ‘contratos’ de natureza financeira celebrados com um *grupo financeiro* constituído pelo FMI-BCE e alguns estados-membros da UE, *direitos dos trabalhadores* consagrados na CRP como *direitos fundamentais* (direito ao trabalho e à segurança no emprego, direito à segurança social, direito à retribuição do trabalho, sendo que o *direito ao salário* é o único *direito fundamental* para o qual a CRP prevê “garantias especiais”). Estes direitos constitucionais foram violados antes mesmo de ser violado o princípio da igualdade.

³⁴ Há cerca de dois anos, o Tribunal de Contas português anunciou que não concederia ‘Visto’ a alguns contratos relativos à construção de uns troços de autoestradas, entre outras razões porque, ainda antes de começarem as obras, o governo e as empresas construtoras já tinham concordado em aumentar o preço fixado em concurso público, em um dos casos para mais do dobro. O alarido provocado pela divulgação desta negociata foi o bastante para que as empresas em causa viessem a público dizer que estavam disponíveis para fazer as obras pelo preço fixado inicialmente.

³⁵ São citações de J. Habermas, *ob. cit.*, 66, 136, 161 e 167.

³⁶ Cfr. J. Habermas, *ob. cit.*, 135-140, 153/154 e 168/16.

³⁷ Cfr. J. Habermas, *ob. cit.*, 157.

³⁸ *Apud* J.-P.-Chevènement, *ob. cit.*, 54 e 183.

³⁹ Em julho em 2012, o semanário inglês *New Statesman* proclamava: “A mania da austeridade de Angela Merkel está a destruir a Europa”. Alargando o âmbito da reflexão, Joschka Fischer escreve: “A Alemanha destruiu-se – a si e à ordem europeia – duas vezes no século XX. (...) Seria ao mesmo tempo trágico e irónico que uma Alemanha restaurada (...) trouxesse a ruína da ordem europeia pela terceira vez”. Citações colhidas em J. Almeida Fernandes (*Público*, 11.8.2012).

⁴⁰ *New York Times*, 7.11.2011.

⁴¹ Um homem tão comedido e tão conhecedor das ‘regras do jogo’ como Jean-Claude Juncker (presidente do Euro-Grupo) não foi capaz de calar o que lhe vai na alma, declarando, numa entrevista, que “a Alemanha trata a zona euro como se fosse uma sua filial” (jornais de 30.7.2012).

⁴² Num artigo recente, Serge Halimi veio dar-me conforto quanto à defesa deste meu ponto de vista de há muito tempo: “No estado atual das forças políticas e sociais, uma Europa federal só poderá consolidar ainda mais os dispositivos liberais que já são asfixiantes e desapossar o povo, um pouco mais, da sua soberania, entregando o poder a opacas instâncias tecnocráticas” (“Onde está a esquerda?”, *cit.*, em *Le Monde Diplomatique*, ed. port., novembro/2011, 9).

⁴³ Cf. *Le Monde*, 4.out.2011.

⁴⁴ Cfr. E. Hobsbawm, *A Era dos Extremos*, *cit.*, 567.

⁴⁵ Editorial de 23.9.2000.

⁴⁶ A expressão é do Gen. Loureiro dos Santos (*Público*, 19.6.2012).

Referências

AVELÃS NUNES, António José. “A garantia das nacionalizações e a delimitação dos setores público e privado no contexto da constituição económica portuguesa”, em *Boletim de Ciências Económicas*, 1985, vol. LXI;

_____. *A Constituição Europeia – A constitucionalização do neoliberalismo*, Coimbra Editora/Editora Revista dos Tribunais, Coimbra/São Paulo, 2006/2007;

_____. *A crise atual do capitalismo – capital financeiro, neoliberalismo, globalização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (Prefácio de Eros Roberto Grau).

CADIMA, Jorge. “A estrumeira”, em *Avante!*, 19.7.2012.

CHEVÈNEMENT, Jean-Pierre. *Pour l’Europe, votez non!*, Paris, Fayard, 2005.

FERNANDES, Jorge Almeida. “Temos razões para detestar Merkel?”, em *Público*, 11.8.2012, 22-24.

- GÉNÉREUX, Jacques. *Manuel critique du parfait européen*, Paris, Seuil, 2005.
- GEUENS, Geoffrey. “Os mercados financeiros têm rosto”, em *Le Monde Diplomatique*, ed. port., maio/2012, 18/19.
- HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, Edições 70, 2012.
- HALIMI, Serge. “O crime compensa”, em *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), março/2010;
- _____. “Onde está a esquerda?”, em *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), n. 61, novembro/2011, 1 e 9.
- HESPANHA, António Manuel. «A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’.
- Crise, Direito e Argumentação Jurídica», em *Revista do Ministério Público*, n. 130 (abril-junho/2012), 9-80.
- JENNAR, Raoul-Marc. “Dois tratados para um golpe de estado europeu”, em *Le Monde Diplomatique*, ed. port., junho/2012.
- LECHEVALIER, A. e WASSERMAN, G. *La constitution européenne – Dix clés pour comprendre*, Paris, La Découverte, 2005.
- LORDON, Frédéric. “A desglobalização e os seus inimigos”, em *Le Monde Diplomatique*, ed. port., agosto/2011.
- NAVARRO, Vicenç; Juan Torres LÓPEZ; Alberto Garzón ESPINOSA. *Hay alternativas – propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2011.

DOUTRINA

UNANIMIDADE DE ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA A CONCESSÃO DE ESTÍMULOS FISCAIS – CLÁUSULA PÉTREA CONSTITUCIONAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO e UNIFMU

EXCERTOS

“O artigo 146-A é principiológico, sendo, a meu ver, de aplicação imediata, muito embora, com o advento da lei complementar explicitadora, sua aplicação virá a ganhar forma procedimental”

“É de se lembrar que qualquer política para reequilibrar desequilíbrios regionais, em matéria tributária, só pode ser de responsabilidade da União”

“Apenas e exclusivamente a União pode fazer políticas que afetem a competitividade, em prol de desenvolver regiões mais pobres do país. Esta é a única forma de descompetitividade que é considerada constitucional e que não fere nem o inciso II do art. 150, nem o inciso IV do artigo 170, porque viabiliza alcançar o objetivo previsto no art. 3º, III, da CF e se coaduna com as regras do artigo 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da lei maior”

“A unanimidade do apoio de estados e Distrito Federal a qualquer tipo de estímulo fiscal a ser instituído no âmbito do ICMS é, a meu ver, princípio fundamental, porque destinado a evitar a descompetitividade interestadual e a preservar a Federação”

“Na autonomia financeira é de se compreender inserta a liberdade de decidir sobre seus destinos conforme as regras constitucionais. Não podem, a Constituição ou outras leis, criar condições que retirem das entidades federativas o direito de exercer tal autonomia”

“Na autonomia financeira dos Estados, é o ICMS a sua grande fonte de receita, tributo cuja estadualização implica a existência de regras na lei suprema destinadas a evitar que os estados sejam privados do direito de dirigir suas políticas regionais, ou que sejam pressionados a conceder benefícios por autênticos ‘leilões’ provocados por investidores que escolhem o local de sua instalação em função dos benefícios que este ou aquele estado lhes ofereçam”

*** Outras qualificações do autor**

Professor Emérito do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

Honrado pelo convite para escrever estudo para a *Revista Judiciária do Paraná*, decidi abordar assunto que tem sido objeto de minhas reflexões e dos secretários da Fazenda do Paraná e de São Paulo, Luiz Carlos Haully e Andrea Calabi. O enfoque é, todavia, exclusivamente jurídico, em que procuro analisar a unanimidade hoje exigida do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), à luz exclusivamente da Constituição.

Princípio, pois, com rápidas considerações sobre a natureza jurídica do ICMS.

Trata-se de tributo que deveria ser, no sistema brasileiro, um tributo federal ou centralizado, como ocorre na esmagadora maioria dos países que adotam a técnica do valor agregado¹.

Embora o regime adotado seja o da “não-cumulatividade”, – que guarda apenas semelhanças com a técnica e com o princípio do valor agregado, para o fim de viabilizar a desoneração da tributação das operações anteriores nas posteriores – este tributo de “vocaç o nacional” foi regionalizado com a EC 18/65, o CTN e pelas Constituiç es de 67 e 88². N o adotou, o pa s, a compensa o de base contra base, mas a do imposto contra o imposto, em apura o per dica, conforme determina o artigo 155,   2 , inciso I, da CF, assim redigido:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Reda o dada pela Emenda Constitucional n  3, de 1993)

(...)

II – opera es relativas   circula o de mercadorias e sobre presta es de servi os de transporte interestadual e intermunicipal e de comunica o, ainda que as opera es e as presta es se iniciem no exterior; (Reda o dada pela Emenda Constitucional n  3, de 1993)

(...)

  2.  O imposto previsto no inciso II atender  ao seguinte: (Reda o dada pela Emenda Constitucional n  3, de 1993)

I – ser  n o-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada opera o relativa   circula o de mercadorias ou presta o de servi os com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...).”

Em outras palavras, por entender o nosso constituinte,   luz das li es dos especialistas que elaboraram os anteprojetos dos dois primeiros diplomas citados, que os estados deveriam ter receita pr pria de impostos, regionalizaram o tributo, nada obstante o

indiscutível impacto que isso causaria, nas operações interestaduais, para os estados vinculados à operação³.

Sem me aprofundar nas razões que levaram a esta solução – Gilberto de Ulhôa Canto, um dos pais do atual sistema, contou-me que Rubens Gomes de Souza, autor do anteprojeto de CTN, confidenciara-lhe, durante os trabalhos preparatórios, que, com o “ICM”, iria acabar a guerra fiscal do IVC, imposto sobre vendas e consignações –, o certo é que o problema da guerra fiscal permaneceu e foi exacerbado, após a CF de 88, quando a União, por ter perdido receita de IPI e de imposto de renda para estados e municípios, deixou de praticar políticas regionais⁴.

Interessam-me, para este estudo, os incisos IV, V e VI do § 2º do artigo 155, assim redigidos:

“§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V – é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI – salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, “g”, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

(...)”.

Houve por bem, o constituinte, fortalecendo o princípio desenhado na Lei Complementar 24/75 – de canhestra redação –, estabelecer, conforme incisos IV, V e VI do § 2º do artigo 155 da CF, todo um sistema de controle da determinação de alíquotas estaduais e interestaduais pelo Senado Federal, objetivando: a) eliminar os riscos de que incentivos outorgados por um estado tivessem impacto

de descompetitividade em relação a estados que dele recebessem mercadorias com ICM estimulado, mediante a exigência de aprovação de alíquotas mínimas para as operações internas e máximas nas mesmas operações, em caso de conflito entre os estados; b) estabelecer as alíquotas aplicáveis para as operações interestaduais e de exportação; c) exigir a unanimidade de estados e DF para aprovar tratamento mais favorável às operações internas – e, implicitamente, para as externas –; d) exigir que as alíquotas internas não fiquem abaixo das previstas para as operações interestaduais, salvo acordo de todos os estados e Distrito Federal⁵.

E ao falar em estados e Distrito Federal no que concerne a isenções, incentivos e benefícios, impôs a necessidade de votação unânime, para não provocar favorecimento que desse a qualquer um deles maior competitividade, no mercado interno, o que resta reforçado pela disposição de que as alíquotas internas não sejam inferiores às definidas para as operações interestaduais. *E a unanimidade decorre de não ter o constituinte estabelecido quórum menor para aprovação dos estímulos fiscais.*

O inciso VI, portanto, determina que, só pela deliberação unânime dos estados, as alíquotas internas podem ser inferiores às interestaduais, muito embora para a definição das alíquotas interestaduais e de exportação – idênticas para estados e Distrito Federal – o Senado, por maioria absoluta, determinará quais são as alíquotas aplicáveis.

Repito, para alíquotas internas diferenciadas, ou seja, estimuladas entre estados e Distrito Federal, falou o constituinte em “Estados e Distrito Federal”, o que representa unanimidade, pois não oferta exceções deliberativas, nem a possibilidade de exclusões de estados ou do Distrito Federal. Não se referiu a 2/3 ou maioria de tais entidades federativas, como ocorre nas deliberações do Senado, quanto ao voto dos senadores representantes dos estados. Vale dizer, tal deliberação terá que ser dos estados, ou seja, todos eles mais o Distrito Federal. Isto ocorre porque concedidos sem autorização unânime, poderiam provocar descompetitividade. Para a definição de uma alíquota *uniforme* entre estados, basta a maioria absoluta do Senado, pois nenhuma descompetitividade será gerada; não haverá mercadorias menos ou mais oneradas, por força de incentivos dados. As alíquotas

Na autonomia financeira é de se compreender inserta a liberdade de decidir sobre seus destinos conforme as regras constitucionais

seriam idênticas, mesmo levando em consideração a existência de regiões diversas de estados e Distrito Federal, pois teriam alíquotas uniformes para cada uma delas. Para tal definição, basta, pois, a maioria do Senado, que é a Casa Legislativa da Federação, com representação equalitária de todos os estados⁶.

Se houver, de qualquer forma, conflito entre os estados para alíquotas internas – não interestaduais –, apenas por 2/3 o Senado poderá deliberar para fixar *alíquotas máximas*, ou seja, as alíquotas válidas para todos os estados e Distrito Federal, que não poderão ser ultrapassadas, lembrando-se sempre que as alíquotas internas não podem ser inferiores às aplicáveis às operações interestaduais.

Neste caso, o Senado age em nome da Federação, prevalecendo pois a possibilidade de quórum inferior à unanimidade.

No caso de acordo entre os estados, não, pois cada estado fala em nome próprio, razão pela qual a unanimidade é requisito essencial. É de se lembrar que o inciso VI referiu-se expressamente à letra “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 referente a estímulos fiscais.

Por esta razão, interpreto que a unanimidade, que para incentivos fiscais é exigida do Confaz, não é senão um reflexo infraconstitucional do regime de fixação de alíquotas, imposto pela Constituição ao Senado Federal, ou seja, a) unanimidade deliberativa dos estados e Distrito Federal para alíquotas estimuladas e diferenciadas internas, sem o piso das alíquotas interestaduais; b) maioria absoluta do Senado para as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação; c) maioria absoluta do Senado para estabelecer alíquotas interestaduais; d) 2/3 dos senadores para fixar alíquotas máximas em caso de conflito; e e) as alíquotas internas não poderão ser inferiores às interestaduais.

Em outras palavras, o inciso VI estabelece regra de unanimidade para evitar descompetitividade nas deliberações de estados e municípios. Por isto, o constituinte não fala em maioria, nem em 2/3, como nos incisos anteriores, para definição das alíquotas internas *que poderão ser inferiores às alíquotas interestaduais*, mas em unanimidade, ou seja, a deliberação de todos os entes regionais⁷.

Concluo esta parte do estudo dizendo que o texto constitucional, quando se refere à deliberação dos estados e Distrito Federal no tocante a estímulos fiscais outorgados, necessariamente impõe a deliberação de todos os estados e Distrito Federal, *visto que não estabeleceu qualquer quórum mínimo*.

Por esta linha de raciocínio, entendo que a unanimidade exigida pelo Confaz não decorre da legislação infraconstitucional, mas deflui,

à luz da Constituição de 1988, do próprio texto supremo, tese, aliás, fortalecida com a interpretação que agora darei do artigo 146-A da lei suprema.

Reza o artigo 146-A da CF:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) ⁸.

Embora aplicável a todos os tributos previstos na lei suprema, diz respeito especialmente ao ICMS, onde mais aguda se faz a descompetitividade, e vem, definitivamente, reforçar a interpretação que ofertei aos retro incisos IV, V e VI, ou seja, de que apenas a concordância unânime de todos os estados e do Distrito Federal pode justificar isenções, incentivos ou benefícios fiscais diferenciados, a privilegiar um estado, na competitividade de seus produtos, em relação a outros.

O artigo, porém, dá valor especial à lei complementar como veículo de prevenção à “descompetitividade tributária”, reforçando a interpretação que desde a década de 60 tenho dado a esse instrumento legislativo, de que, quando cuidando de normas gerais em matéria tributária, obriga todas as entidades da Federação: é uma lei nacional, uma lei da Federação, produzida pelo aparelho legislativo da União e emprestado a todas as entidades federativas⁹.

Tanto é que abre espaço, o constituinte, para a União estabelecer lei federal com igual teor, à evidência, obrigando apenas à própria União.

Admitir que a lei federal produzida poderia, também, obrigar estados e municípios nulificaria a produção de lei complementar, pois tanto uma quanto outra poderiam ter a mesma eficácia no mesmo campo de abrangência. Vale dizer, promulgaria a União uma lei complementar ou uma lei ordinária e seus efeitos seriam os mesmos!!! Por respeito ao constituinte, não posso admitir tal exegese.

O que o dispositivo torna claro é que aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios não foi outorgada a mesma faculdade de produzir uma norma geral capaz de obrigar toda a federação, a fim de evitar a descompetitividade.

Nitidamente, o artigo 146-A consagra o princípio da “livre concorrência”, esculpido no inciso IV do artigo 170, assim redigido:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

que, à evidência, poderia desaparecer – embora, a meu ver, esteja implícito em vários pontos da lei suprema, se não fosse explicitado pela Emenda Constitucional 45/05¹⁰.

O artigo 146-A é principiológico, sendo, a meu ver, de aplicação imediata, muito embora, com o advento da lei complementar explicitadora, sua aplicação virá a ganhar forma procedimental.

Ocorre com o artigo 146-A o que ocorreu com o artigo 102, inciso I, da lei suprema:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...),”

em que, apesar de a Lei 9.868/99 só ter surgido 11 anos depois de promulgada a Constituição, isso não impediu que mais de mil ações diretas fossem propostas e julgadas por rito regimental do próprio STF, dando à norma constitucional aplicação imediata. Só com a Lei 9.868/99 é que o rito atual tornou-se obrigatório; mas a ausência de lei por 11 anos não impediu a aplicação do preceito constitucional¹¹.

Assim, para o ICMS – antes ICM – a própria Constituição anterior, como demonstrei na primeira parte deste estudo, já proibia a descompetitividade, ao exigir a unanimidade dos estados e Distrito Federal para autorização de instituição de incentivos fiscais. É que sua concessão por um estado, sem o aval dos demais, poderia tornar seu produto menos oneroso, devido à carga de ICMS menor, por força da não cumulatividade, de observância obrigatória pelo estado receptor de mercadorias¹².

É de se lembrar que qualquer política para reequilibrar desequilíbrios regionais, em matéria tributária, só pode ser de responsabilidade da União, como se verifica da leitura do artigo 151, inciso I, da lei suprema:

“Art. 151. É vedado à União:

*I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País; (grifos meus)
(...)”¹³.*

Nem estados, nem municípios têm tal responsabilidade, a não ser que concordem, por unanimidade, com uma política comum de incentivos.

Sabidamente assim agiu o constituinte, pois tem a União – e agora mais do que em 1988, por força das contínuas elevações de alíquotas de Cofins e PIS, tributos não partilháveis – maiores recursos tributários e pode fazer política nacional de estímulos, sendo *esta a única hipótese de descompetitividade tributária* admitida pela lei suprema, que não fere o artigo 150, inciso II da CF, assim redigido:

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

(...)

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (...)”¹⁴.

Em outras palavras, apenas e exclusivamente a União pode fazer políticas que afetem a competitividade, em prol de desenvolver regiões mais pobres do país. Esta é a única forma de descompetitividade que é considerada constitucional e que não fere nem o inciso II do art. 150, nem o inciso IV do artigo 170, porque viabiliza alcançar o objetivo previsto no art. 3º, III, da CF e se coaduna com as regras do artigo 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da lei maior¹⁵.

Por esta razão, com sede na Constituição – e exclusivamente na Constituição – é que entendo que a unanimidade dos estados para autorizar incentivos, estímulos e benefícios no ICMS, que possam reduzir o peso do tributo nas operações internas e interestaduais, gerando, pois, descompetitividade tributária, é elemento fundamental. Está a Lei Complementar 24/75, portanto,

recepcionada. Qualquer outra que venha a ser produzida *dentro das fronteiras previamente estabelecidas* pela lei suprema não poderá fugir deste preceito. A unanimidade do apoio de estados e Distrito Federal a qualquer tipo de estímulo fiscal a ser instituído no âmbito do ICMS é, a meu ver, princípio fundamental, porque destinado a evitar a descompetitividade interestadual e a preservar a Federação¹⁶.

O artigo 155, § 2º, letra “g” do inciso XII, da Constituição Federal, assim redigido:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

XII – cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

(...)”¹⁷,

não pode, portanto, quebrar tal preceito fundamental, que permitiu que um tributo de vocação nacional fosse regionalizado, sem que unidades federativas viessem a ser prejudicadas quando contrárias à concessão de estímulos. Vale dizer, que não tenham seus produtos sujeitos à concorrência predatória, em virtude de incentivos concedidos por outras unidades da federação, para os mesmos produtos nelas produzidos¹⁸.

E isto me leva à observação final desta opinião legal, ou seja, de que tal preceito é uma cláusula pétrea.

Reza o artigo 60, § 4º, inciso I, da lei suprema que:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...)

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

(...)”.

Como se pode verificar, o dispositivo falou em “abolir”, significando que o sistema federativo é assegurado como cláusula imodificável da lei suprema.

É que o sistema federativo poderia restar modificado e sensivelmente desfigurado, passando a ser apenas formalmente federativo, se emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais reduzissem à expressão quase nenhuma a autonomia política, financeira ou administrativa das unidades federativas.

Na autonomia financeira é de se compreender inserta a liberdade de decidir sobre seus destinos conforme as regras constitucionais. Não podem, a Constituição ou outras leis, criar condições que retirem das entidades federativas o direito de exercer tal autonomia¹⁹.

Na autonomia financeira dos Estados, é o ICMS a sua grande fonte de receita, tributo cuja estadualização implica a existência de regras na lei suprema destinadas a evitar que os estados sejam privados do direito de dirigir suas políticas regionais, ou que sejam pressionados a conceder benefícios por autênticos “leilões” provocados por investidores que escolhem o local de sua instalação em função dos benefícios que este ou aquele estado lhes ofereça.

Na atual guerra fiscal, são os investidores que negociam e impõem às secretarias dos estados sua política, obtida, por se instalarem naqueles que lhes outorgarem maiores vantagens. Tal fato representa, de rigor, que a verdadeira política financeira não é definida pelos governos, mas exclusivamente pelos investidores. E, muitas vezes, gera descompetitividade no próprio estado para estabelecimentos, já há longo tempo lá estabelecidos, que não poderão dos estímulos se beneficiar.

Ora, é exatamente este tipo de leilão que a Suprema Corte atalhou recentemente, exigindo que, para a concessão de estímulos no âmbito do ICMS, haja unanimidade autorizativa dos 26 estados e do Distrito Federal, em clara sinalização de que, agir de forma contrária, sobre ferir a Constituição, *diretamente*, feriria, também, o sistema federativo do Estado brasileiro²⁰.

É que sem autonomia financeira, a autonomia política fica reduzida e a administrativa limitada. A Federação, fragilizada, manter-se-ia apenas por força de um formalismo legal e não de uma

Entendo que a unanimidade exigida pelo Confaz não decorre da legislação infraconstitucional, mas do próprio texto supremo

autêntica realidade, construída, a duras penas, desde 1891 com a 1ª. Constituição republicana.

Se um estado sofre, na Federação, desfiguração tributária devido à sistemática não cumulativa do ICMS, sendo obrigado a reconhecer créditos presumidos, mas inexistentes, concedidos por outros estados, *sem a sua concordância*, as empresas estabelecidas em seu território tornam-se descompetitivas e sem condições concorrenciais, dada a invasão de produtos estimulados, à margem do consenso unânime. Nitidamente, o pacto federativo torna-se uma farsa e a Federação, um sistema debilitado, restando a tríplice autonomia (política, administrativa e financeira) seriamente maculada²¹.

Por esta razão, entendo que a expressão “abolir” deve ser entendida como abrangendo todas as situações em que o verdadeiro sistema federativo é fragilizado por atos que ponham em xeque a tríplice autonomia de que gozam as unidades federativas, a ponto de se digladiarem sem objetivo comum e ficarem à mercê dos interesses dos investidores, e não de seu povo ou seu governo para o atendimento do interesse público.

A meu ver, retirar o direito de – dentro das regras constitucionais de que os estados não estão obrigados a suportar políticas destinadas a promover o reequilíbrio regional, cabendo esta atribuição exclusivamente à União – o estado opor-se a incentivos fiscais de ICMS de outra unidade que lhe prejudiquem diretamente, é abolir o verdadeiro pacto federativo, mantendo-se uma Federação apenas formal, o que, manifestamente, não desejaram os constituintes, ao instituírem a regra da unanimidade em nível de lei suprema, hoje com conformação legislativa infraconstitucional e jurisprudencial.

A unanimidade exigida para a concessão de incentivos, estímulos ou benefícios fiscais de todos os estados e Distrito Federal é, a meu ver, cláusula pétrea constitucional, não podendo ser alterada nem por legislação inferior nem por emenda constitucional, por força do § 4º, inciso I, do artigo 60 da CF²².

Notas

¹ Jean Jacques Philippe, em seu “*La taxe sur la valeur ajoutée*” (Ed. Berger – Levrault), ao dizer: “*Impôt moderne, la TVA est cependant l’héritière d’une histoire déjà longue*” (p. 21), enumera, embora de forma perfunctória, a evolução desde 1917, passando pelas “*Taxes Générales sur les affaires et taxes uniques spéciales (1917-1936)*”, “*la taxe sur les paiements (1917-1920)*”, “*l’impôt sur chiffre d’affaires*

(1920-1936)”, “les taxes uniques (1925-1936)”, “la taxe à la production (1937-1954” até chegar à lei francesa de nº 54.404, de 10/4/1954, que instituiu a primeira TVA, substituída posteriormente pela lei de 6/1/1966, que passou a vigorar a partir de 1/1/1968”.

² Bernardo Ribeiro de Moraes lembra a luta pela implantação do imposto sobre o valor agregado:

“Conforme se verifica, o imposto sobre as vendas, do tipo em cascata, criado como instrumento de rápida e volumosa receita pública para os países que sentiam o impacto do após-guerra, recebeu nova técnica, com o propósito exclusivo de eliminar certas repercussões econômicas inconvenientes ao Estado moderno, passando a denominar-se IMPOSTO SOBRE O VALOR. ACRESCIDO (sobre o valor “acrescentado”, “acumulado”, “agregado”, “somado” ou “juntado”).

Esta nova denominação representa o mesmo imposto geral sobre as vendas, sendo uma modalidade deste, agora mais aperfeiçoado tecnicamente, mais “enobrecido”, como diria RICARDO CALLE SAIZ.

A luta para o aperfeiçoamento do imposto sobre vendas, do tipo em cascata, objetivando evitar certos inconvenientes do imposto cumulativo, nasceu juntamente com a ideia da criação do referido imposto. Em 1918, na Alemanha, quando se pensava no estabelecimento do imposto sobre as vendas, de incidência múltipla, (“Umsatzsteuer”), forte oposição ao projeto foi feita pelo conselheiro FRIEDRICH VON SIEMENS, que propôs, então, a utilização de um imposto sobre o valor acrescido, o que não foi aceito. No ano seguinte, quando VON SIEMENS recomendou o enobrecimento do imposto alemão sobre vendas, de incidência múltipla, com a alíquota de 1%, substituindo-o por um gravame sobre o valor acrescido, o Conselho Econômico do Reich reconheceu que a proposta permitia suprimir os inconvenientes da tributação múltipla sobre as vendas, embora não aceita diante das necessidades da Fazenda em auferir maior receita. Desta forma, o governo alemão deixou de aceitar uma inovação fiscal que, posteriormente, triunfaria em quase todos os países” (Caderno de Pesquisas Tributárias vol. 3, O fato gerador do ICM, coordenação minha, co-ed. Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, 1978, p. 40/41).

³ Aliomar Baleeiro lembra:

“III. A TRANSFORMAÇÃO DA EMENDA N.º 18. – Do ponto de vista econômico, o I.C.M. é o mesmo I.V.C., que concorria com cerca de 3/4 partes da receita tributária dos Estados-membros. Arguia-se que só diferia do imposto de consumo e do imposto de indústrias e profissões sobre comerciantes e industriais, pelo ‘nomen juris’, pois os três sangravam a mesma realidade econômica: – a introdução da mercadoria no circuito comercial.

A Emenda 18, pretendendo remediar essa contingência daquela realidade, inventou novas normas e formulou o fato gerador de modo diverso, confundindo

quase o imposto de consumo e o I.V.C. Pela Constituição de 1946, o fato gerador do I.V.C. era o contrato de compra e venda, o negócio jurídico, no qual figuravam, como vendedores, os comerciantes e produtores, inclusive industriais, e só eles.

A Emenda n.º 18 e a Emenda n.º 1/1969 deram para fato gerador do I.C.M. o mesmo que o legislador ordinário fixara há muitos anos, para o imposto de consumo, que estes diplomas rebatizaram de imposto de produtos industrializados; – o momento ou fato de a mercadoria sair do estabelecimento do contribuinte para negócio. Mas o I.P.I. incide também na saída da alfândega ou depois do leilão das mercadorias importadas abandonadas. – Acontece praticamente o mesmo com o I.C.M. O art. 8º, do A.C. 36/67, que revogou expressamente o inciso II do art. 52, ‘caput’. do CTN, foi por sua vez revogado pelo art. 1º, II, do Decr.-Lei 406/68. Este restabeleceu o inciso II do art. 52, fazendo o I.C.M. incidir sobre a entrada de mercadoria estrangeira no estabelecimento de quem a importou” (Direito Tributário Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 10 a. ed., 1981, p. 218/219).

⁴ O interessante, todavia, é que no projeto da Comissão Revisora do anteprojeto de Rubens, o imposto continuava como IVC e assim foi enviado pelo Ministro Osvaldo Aranha à Presidência:

“Art. 34. O imposto sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, (Const., art.) tem como fato gerador:

I – a venda assim entendida a transmissão, por ato entre vivos, da propriedade de coisa móvel, contra pagamento de preço em dinheiro;

II – a consignação, assim entendida a remessa de coisa móvel a outrem, para que este a venda” (Codificação do Direito Tributário, contribuição do Inst. Bras. de Direito Financeiro ao estudo do Projeto de Código Tributário Nacional, ed. IBDF, 1955, Rio de Janeiro, p. 332).

⁵ José Afonso da Silva lembra que:

“Resoluções do Senado Federal e o ICMS. O Senado Federal, por via de resoluções aprovadas ora por maioria absoluta, ora por dois terços de seus membros, desempenha papel importante na prevenção de conflitos tributários. Não é novidade da Constituição vigente. Desde a de 1934 ele vem recebendo incumbências nessa área, o que se acentuou com a Constituição de 1967.

O campo de atuação das resoluções do Senado Federal em matéria tributária circunscreve-se ao disposto no art. 155, § 2, IV e V, e VI. O primeiro prevê que resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação. Aqui, a resolução do Senado é requerida de modo peremptório. É, porém, facultativo o estabelecimento de alíquotas mínimas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada por maioria absoluta de seus membros; assim também a fixação de alíquotas máximas, nas mesmas operações, para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e

aprovada por dois terços de seus membros” (Comentário contextual à Constituição, 7ª. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, p. 686).

⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o inciso IV, lembra:

“Resolução do Senado. Como é sabido, a Constituição atribui ao Senado Federal a função de representar os Estados e o Distrito Federal (v., acima, art. 46, caput). Em razão disso, segundo já estava no direito anterior (Emenda n. 1/69, art. 23, § 52, com a redação dada pela Emenda n. 23/83), cabe ao Senado, no interesse de todos esses entes, fixar por meio de resolução as alíquotas relativas às operações e prestações interestaduais e de exportação” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, Ed. Saraiva, 1999, p. 126).

⁷ No mesmo espírito, leia-se a ementa da ADI 3936:

“Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2 da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu poder executivo, desencadeie a denominada “guerra fiscal”, repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e § 36, 37 e 38 do Decreto estadual nº 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, § 2, XII, g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino” (grifos meus) (ADI 3.936-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19-9-07, Plenário, DJE, de 9-11-07)” (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 8ª. ed., Ed. Atlas, 2011, p. 1755).

⁸ Nada obstante a pouca clareza do texto, aliás apontada por José Afonso da Silva, teve um caráter sinalizador de justa política tributária. Diz José Afonso:

“3. PREVENÇÃO DE DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA. A Emenda Constitucional 42/2003 criou também o art. 146-A, com a pretensão de prevenir desequilíbrios da concorrência. O texto não é muito claro, porque, para tanto, autoriza (é simples faculdade) à lei complementar estabelecer critérios especiais de tributação, sem prejuízo da competência da União, por lei, de estabelecer normas de igual objetivo. Texto confuso, como se vê, porque a lei complementar também é da competência da União. O que o dispositivo quer dizer é que a lei complementar, no caso, situada no âmbito do sistema tributário, não exclui a competência que o art. 173, § 42, dá à lei ordinária, já existente, de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação

da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (Comentário contextual à Constituição, ob. cit. p. 660).

⁹ Escrevi: “Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação – no que têm razão –, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 6, tomo I, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 2001, 2ª. ed., p. 79).

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos ensina: “A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, à diminuição dos seus custos, enfim, na procura constante da criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, 7º volume, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 27).

¹¹ Gilmar Mendes e eu publicamos o livro “Controle concentrado de constitucionalidade”, em 3 edições pela Saraiva, em que mostramos que a Lei 9.868/99 inovou pouco em relação ao rito anterior, nada obstante algumas novidades, como a da inclusão do “amicus curiae”.

Por divergência de interpretação no que concerne à Lei nº 12.063/09 (declaração de inconstitucionalidade por omissão) deixamos de publicar novas edições.

¹² Escrevi no artigo A UNANIMIDADE NO CONFAZ que:

“(…) Em outras palavras, sempre que um Estado concede incentivos fiscais ou financeiros, dispensando o recolhimento do tributo ou devolvendo-o após um pagamento meramente escritural, gera, nas operações interestaduais, um crédito que terá que ser suportado pelo Estado para onde o produto é remetido, que só poderá cobrar o diferencial entre o valor do referido crédito e o valor do débito ocorrido em seu território.

Desta forma, se a saída de uma mercadoria dentro do Estado sofre tributação à alíquota de 18% e a mesma mercadoria vinda de um Estado estimulador chega “sem tributo pago” na origem, à alíquota de 7% ou 12%, conforme a região, este produto terá uma carga tributária de 6% ou 11%, contra os 18% do produto fabricado no Estado de destino.

Para evitar esta guerra fratricida é que foi criado o Confaz e promulgada a Lei Complementar nº 24/75, que permite ao Estado de destino, prejudicado em sua arrecadação e competitividade, anular os créditos correspondentes às operações interestaduais provenientes de Estados, que, independente de Convênio, concedem incentivos à revelia dos demais. Por decisão da Suprema Corte, essa lei foi considerada recepcionada pela Constituição de 1988.

(...)” (O Estado de São Paulo, 16/06/12, A2 – Espaço Aberto).

¹³ *Por esta razão, foi recepcionada a Lei Complementar nº 24/75.*

Leia-se na ADIN 2549, a parte da emenda que transcrevo:

*“*ADI 2549, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-209 DIVULG 28-10-2011 PUBLIC 03-11-2011 EMENT VOL-02618-01 PP-00024 RET v. 14, n. 82, 2011, p. 92-105:*

(...)

VII – O art. 155, § 2º, inciso XII, g, da Constituição Federal dispõe competir à lei complementar, mediante deliberação dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamentação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da perniciosa “guerra fiscal” entre eles. À lei complementar restou discricionária apenas à forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. A questão, por sua vez, está regulamentada pela Lei Complementar 24/1975, que declara que as isenções a que se faz referência serão concedidas e revogadas nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. VIII – Necessidade de aprovação pelo CONFAZ de qualquer política extrafiscal que implique na redução ou qualquer outra forma de desoneração do contribuinte em relação ao ICMS. Precedentes do STF. IX – O Decreto 20.957, de 13 de janeiro de 2000 teve os seus efeitos integralmente exauridos, enquanto que os Decretos 21.077/00, 21.082/00 e 21.107/00 foram revogados, fato que implicou na carência superveniente da ação. Interesse processual. X – Parcial procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso I e seus §§ 2º e 3º; do artigo 5º, seus incisos I, II e III e seu parágrafo único, inciso I; do artigo 6º, na sua integralidade; e dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 7º, todos da Lei 2.483, de 19 de novembro de 1999” (grifos meus).

¹⁴ *Escrevi sobre o princípio o seguinte:*

“Equivalente é um vocábulo de densidade ôptica mais abrangente do que “igual”. A igualdade exige absoluta consonância em todas as partes, o que não é

da estrutura do princípio da equivalência. Situações iguais na equipolência, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalência estende à similitude de situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual. Os desiguais, em situação de aproximação, devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência não existe, mas apenas a igualdade de equiparação de elementos (peso, valor etc.). Qual foi a razão para tal elasticidade ofertada pelo constituinte, para proteção dos contribuintes, vedando ao Poder Tributante adoção de técnica diversa?

A tradição brasileira de pouco respeito aos direitos dos cidadãos em matéria tributária – o Presidente Collor acaba de pedir ao Congresso a redução dos direitos dos contribuintes para fazer uma reforma tributária, que tem na essência o princípio de “maiores tributos, menores direitos” –, certamente levou o constituinte a amarrar os poderes tributantes (três sobre o mesmo “pagador de tributos”) aos grilhões seguros do princípio da igualdade, evitando simultaneamente: a) que, a título de tratamento desigual dos desiguais, se multiplicassem as hipóteses de situações diversas para neutralização do princípio da igualdade; b) servisse a redução legislativa do princípio da igualdade como forma de tratamento aplicável às perseguições fiscais em relação a setores, que estivessem em conflito com os governos.

Entendo ter sido esta a razão fundamental que levou o constituinte, em relação ao princípio da igualdade, seja em seu aspecto subjetivo, seja naquele objetivo, a proteger todos os contribuintes contra o tratamento desigual, exigindo que este tratamento deva ser igual não apenas para situações iguais, mas para situações equiparadas, equivalentes, com núcleo comum de identidade. Compreende-se assim porque o discurso do inc. II é concluído com a afirmação de que a situação equivalente será detectada independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos dos contribuintes.

Em outras palavras, quaisquer que sejam os contribuintes, quaisquer que sejam os fatos imponíveis, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discriminatória” (Caderno de Pesquisas Tributárias nº 17, Co-edição CEU/Resenha Tributária, 1992, p. 19/21).

¹⁵ Já entendi, em passado distante, fiel ao princípio da livre concorrência, que a própria competência da União em fazer políticas regionais poderia gerar desequilíbrios, em inteligência que hoje me parece excessivamente radical:

“O novo Texto, se, de um lado, abre a possibilidade de tratamento diferencial, em outro dispositivo proíbe tal tratamento (art. 150, II), com o que o conflito evidente poderá desembocar na solução do direito alemão, de considerar um dos dispositivos inconstitucional.

Isto porque a concessão de incentivos não está adstrita à competência da União, nem será veiculada por lei complementar, de tal forma que a igualdade

constitucional pode ficar maculada, por inteiro, com essa amplidão concessiva outorgada, transformando-se o inc. II do art. 150 em letra morta e inútil no Texto.

Em uma interpretação sistemática, poder-se-á entender que os incentivos fiscais apenas serão concedidos desde que não impliquem tratamento desigual que privilegie atividades mais oneradas em outras regiões, decididamente sendo inaplicável ao menor sintoma de que o tratamento desigual não esteja estabelecendo equilíbrio, mas desequilíbrio, que atinja contribuintes em situações diversas” (Comentários à Constituição do Brasil, 6 volume, tomo I, Ed. Saraiva, 2ª. ed. 2001, p. 251/252).

¹⁶ *“*ADI 3664, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00017:*

1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ” (grifos meus).

¹⁷ *Escrevi:*

“O atual dispositivo estende a deliberação, além das isenções, para outras formas de estímulo, com o que os benefícios e incentivos fiscais passam a ser também de competência da deliberação conjunta.

Parece-me mais adequado o texto da nova Constituição que o da anterior, posto que a isenção é uma das formas de estímulo fiscal, mas não é a única” (O sistema tributário na Constituição, 6ª. ed., Ed. Saraiva, 2007, p. 656).

¹⁸ *“*ADI 3674, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-01 PP-00011:*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PREFERENCIAL – AUSÊNCIA DE CONSENSO DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO

– **ADEQUAÇÃO.** Mostra-se adequada a ação direta de inconstitucionalidade quando há tratamento tributário diferenciado em lei da unidade da Federação, sem remissão a consenso entre os demais Estados. **TRIBUTO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – DELEGAÇÃO AO PODER EXECUTIVO – ALÍQUOTA – IMPROPRIEDADE.** Surge discrepante da Constituição Federal lei por meio da qual se delega ao Poder Executivo fixação de alíquota de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, pouco importando a previsão, na norma, de teto relativo à redução. **PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.** *Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.* **TRIBUTO – “GUERRA FISCAL”.** *Consustancia “guerra fiscal” o fato de a unidade da Federação reduzir a alíquota do ICMS sem a existência de consenso, mediante convênio, entre os demais Estados” (grifos meus).*

¹⁹ Américo Lacombe explica:

“O Pacto Federativo é, portanto, como vimos acima, decorrência da nossa Constituição, que fixa princípios a serem respeitados, tais como: a não intervenção, a discriminação de competências e a discriminação de rendas, e a imunidade tributária recíproca, a participação dos Estados membros na vontade federal, e a inexistência do direito de secessão” (grifos meus) (Princípios constitucionais relevantes, Lex Magister/Fecomércio, Porto Alegre, 2012, p. 162).

²⁰ “ADI 2688, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-01 PP-00015:

Ementa: Tributário. Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual. Isenção concedida a título de auxílio-transporte aos integrantes da polícia civil e militar em atividade ou inatividade. Ausência de prévio convênio interestadual. Permissão genérica ao executivo. Inconstitucionalidade. Lei 13.561/2002 do Estado do Paraná. 1. A concessão de benefício ou de incentivo fiscal relativo ao ICMS sem prévio convênio interestadual que os autorize viola o art. 155, § 2º, XII, g da Constituição. 2. Todos os critérios essenciais para a identificação dos elementos que deverão ser retirados do campo de incidência do tributo (regra-matriz) devem estar previstos em lei, nos termos do art. 150, § 6º da Constituição. A permissão para que tais elementos fossem livremente definidos em decreto do Poder Executivo viola a separação de funções estatais prevista na Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (grifos meus).

²¹ *Lembro questão que formulei ao comentar este dispositivo sobre a corrente predominante sobre o pacto federativo:*

“A primeira delas é a de que o inc. I cuida da Federação Brasileira como foi plasmada pela Constituição, e qualquer alteração em seu perfil é forma de reduzir o sistema federativo, atingindo norma pétrea que não poderia ser modificada. Não de qualquer sistema federativo, mas do sistema federativo brasileiro, cuida a “norma pétrea”, e este sistema, como plasmado foi em 1988, é o que não pode ser modificado” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, tomo I, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 3ª. ed., 2002, p. 405).

²² *J.J. Gomes Canotilho sobre as cláusulas imodificáveis leciona:*

Limites expressos ou textuais são os limites previstos no próprio texto constitucional. As constituições seleccionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão. Exemplo característico e muito significativo é o art. 288.º da Constituição portuguesa (cfr., também, art. 8º/2 da Constituição de 1911).

Outras vezes, as constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta” (Direito Constitucional e teoria da Constituição, 3ª. ed., Almedina, Coimbra-Portugal, p. 994/995).

O HC NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO HOJE (O PROBLEMA DA SUBSTITUIÇÃO RECURSAL)*

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO**

Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná

EXCEROTOS

“Por evidente, um sistema processual penal coerente desloca as relações pessoais e os contatos eventuais para os seus devidos lugares; e as portas podem estar abertas a todos e não só a alguns”

“Sem muito compromisso com as regras do jogo (que sabem poder manipular) e incentivados por uma cultura popular repressivista conduzida pelos meios de comunicação e ideologicamente fincada no pensamento neoliberal, muitos juízes, na falência dos postulados da filosofia da consciência (marcada por um ‘eu que diz a verdade’), têm adotado (ingenuamente ou propositadamente) posturas solipsistas e, como justiceiros, têm – em geral com boas intenções se observadas pelos seus pontos de vista – infligido baixas pesadas à ordem constituída e, em especial, aos direitos e garantias individuais”

“Que o habeas corpus – como se diz – está dentro de uma ‘via estreita’ ninguém duvida. Daí sua excepcionalidade, a qual se tratou de superar para lhe atribuir uma estrutura ordinária que não tem e não deve ter, para fazer as vezes dos recursos”

“Mais uma vez os menos favorecidos pagam a conta pela balburdia e o descalabro do sistema processual penal brasileiro, embora, agora, com a tentativa de volta ao status quo ante dos habeas corpus, todos tendam a pagar, o que é muito pior porque se desloca o problema para outros lugares e implica colocar luz sobre o modus de funcionamento dos tribunais”

**** Outras qualificações do autor**

Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR). Mestre (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1980). Doutor em Diritto Penale e Criminologia pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza (1988). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Presidente da Comissão da Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS. Atualmente é Professor Titular de Direito Processual Penal na Universidade Federal do Paraná, Procurador do Estado do Paraná e advogado. Ministra aulas ainda no Curso de Doutorado em Derechos Humanos y Desarrollo na Universidad Pablo de Olavide.

Não há sistema processual penal que suporte incoerências internas de relevância (mormente se se quer a ele como democrático) porque a tendência é cada um dispor dele da forma que melhor lhe apraz e como se não existissem regras, tudo com um posterior, difícil e complexo controle, não raro deficiente ou indevido. O resultado – metaforicamente falando – é uma aparente esquizofrenia, com as consequências daí decorrentes.

No Brasil de hoje, quando se vive um concreto conflito entre o sistema de um CPP de 70 anos – que deveria ser *aposentado compulsoriamente* ou *executado por crime de lesa-cidadania* – e a Constituição da República, há os que não querem mudanças porque elas são contra seus interesses (para dizer o mínimo), como é o caso dos *repressivistas* de todas as ordens e graus, alguns já sem muita vergonha de dizer o que são e o que pensam; mas também de alguns grandes advogados, em geral bem situados e acomodados a permissões (demandadas sempre como direitos: Jean-Claude Milner) logo transformadas em prerrogativas. Para eles, é melhor o sistema inquisitório do CPP àquele acusatório da CR/88, mormente no espaço de uma visível incoerência gerada, desde 1941, por *reformas parciais e jogos retóricos de uma hermenêutica descompromissada com a cidadania, ou melhor, com a cidadania dos outros*, hoje aglutinados na noção de *excluídos*.

Assim, não lhes interessa mudar, e, quando as mudanças se impõem, fazem força para que tudo – na mudança – permaneça como sempre foi: da forma eternizada por Lampedusa.

No fundo, o *status quo* lhes é cômodo; e não poderia ser diferente. Por trás de tudo está, de regra, uma descoberta interessante, auferida na prática, especialmente para os que sempre foram *positivistas de formação e particularmente legalistas por interesse*: o direito, sem ser jusnatural, é muito mais que positivismo e legalismo!

É daí que, por exemplo, alguns advogados deslumbrados pelo trânsito fácil nos gabinetes do poder, dentre outros de juízes, desembargadores e ministros (mas não todos!), sentem-se na tranquilidade de uma linguagem protagonista construtora de “qualquer coisa” em tempos de *solipsismo jurídico*, isto é, de um magistrado que faz o que quer, que diz qualquer coisa sobre qualquer coisa, como vêm denunciando insistentemente Lenio Luiz Streck e outros, tudo sem nenhum (ou quase nenhum) constrangimento. Sendo assim, tudo fica mais fácil, tenha-se direito ou não. Se se tem, ótimo. Se não se tem, dá-se um jeito, sempre na via da hermenêutica, em face da permeabilidade do sistema. É um verdadeiro *direito*

alternativo às avessas; este, sim, deletério à cidadania, como sempre foi e como sempre souberam todos, ou seja, um direito no qual se trabalha nas fissuras dele (sistema) para se poder dizer e fazer prosperar as próprias verdades, quando não os próprios interesses.

Não é de estranhar, porém, que já se tenha reações desmedidas e altamente prejudiciais, v.g., com ministros que não permitem a seus assessores falarem com advogados e eles mesmos dificultarem ao máximo qualquer contato, com um alheamento providencial tanto quanto perigoso em um período em que não se lê tudo (quando se lê) com a devida atenção. E isso em uma Brasília desde sempre conhecida pelo fato de ser, em boa parte dos casos, mais fácil falar com os ministros do que com alguns desembargadores nos estados e regiões, e alguns juízes de primeira instância pelo país todo, algo sempre apresentado como sintoma da agitação de fantasmas pessoais e, portanto, marcado por uma outra cena, não raro passível de pena. Os grandes magistrados, em verdade, reconhecidos pelo conhecimento e uma reputação ilibada – e são muitos, para sorte de todos –, nunca tiveram medo de nada, muito menos de advogados; nem deles mesmos.

Por evidente, um sistema processual penal coerente desloca as relações pessoais e os contatos eventuais para os seus devidos lugares; e as portas podem estar abertas a todos e não só a alguns.

Pois bem.

Uma das maiores incoerências do sistema processual penal atual diz com a situação do *habeas corpus*, o qual principalmente após a CR/88 substituiu, em larga escala, na prática, os recursos do CPP, com prós e contras.

Sem muito compromisso com as *regras do jogo* (que sabem poder manipular) e incentivados por uma cultura popular *repressivista* conduzida pelos meios de comunicação e ideologicamente fincada no pensamento neoliberal, muitos juízes, na falência dos postulados da filosofia da consciência (marcada por um “eu que diz a verdade”), têm *adotado* (ingenuamente ou propositadamente) *posturas solipsistas* e, como *justiceiros*, têm – em geral com boas intenções se observadas pelos seus pontos de vista – *infligido baixas pesadas à ordem constituída e, em especial, aos direitos e garantias individuais*.

Para tais situações, o sistema recursal do CPP, idealizado para um juiz “cumpridor da lei”, perdeu efetividade e, assim, contabilizaram-se – e se contabilizam – injustiças inomináveis. Por conta disso – principalmente – os próprios magistrados, no sistema de controle dos

atos jurisdicionais, viram no HC, após a CR/88, uma saída rápida e eficaz, razão por que, de uma matriz de garantia ao direito de ir e vir, acabou ele estendido a qualquer violação de direito.

Era sintomático que se chegasse, assim e por conta disso (uma extensão tão grande quanto indesejada por seus efeitos óbvios), aonde se chegou, ou seja, na quase superação (pela substituição) do referido sistema recursal.

Paga-se, para tanto, um preço alto, muito alto. Veja-se.

A substituição camufla o número de recursos (pelos quais não se opta, sempre que possível, porque demorados quando se tem urgência) e mascara a necessidade (inarredável) do aumento do número de juízes (em geral), sobretudo no STJ, que apresenta dados alarmantes e que dizem muito, da quantidade à qualidade. Só em 2011 foram distribuídos e registrados (conforme consta do *site* oficial) 36.125 *habeas corpus* originários, o que faz deles, por certo, campeões das distribuições, mesmo porque o número de REsp (70.422), Ag (64.475) e AREsp (96.209) computam recursos do cível e do crime em todas as demais matérias que não a criminal. Preocupante, em face de tal problema e em razão da *competência*, é, no mesmo período, terem sido distribuídos, no STF (conforme consta do *site* oficial), 3.788 *habeas corpus* originários.

O direito, sem ser jusnatural, é muito mais que positivismo e legalismo!

Por elementar e como sabem todos, quanto mais se criam obstáculos ao REsp e ao RExt em matéria criminal, maior é o número de *habeas corpus* originários, a maior parte substitutivos daqueles. Sabe-se bem, porém, a razão pela qual se chegou em tal situação; e a importância capital que tem para a cidadania uma via rápida de solução para as questões criminais de maior premência. Como referiu Carnelutti, com precisão, tais questões tratam do *ser* e não do *ter*. Despiciendo, portanto, discutir e demonstrar a relevância.

Antes de tudo, vê-se logo que se trata de um *instrumento processual democrático* porque, mesmo se se considerar que não abarque a todos que poderia abarcar, pelo número já se percebe que atinge um contingente de cidadãos que, sem qualquer dúvida, necessita da *jurisdição*. Nos 36.125 *habeas corpus* originários do STJ estão, com razoável certeza, aqueles que mais têm e, portanto, contratam advogados para cuidar dos seus direitos e garantias, mas, sem qualquer dúvida, também muitos daqueles que não têm e, por

isso, buscam uma via de acesso aos tribunais superiores, seja pelos seus defensores públicos, seja por aqueles dativos.

O número elevadíssimo de *habeas corpus*, contudo, tem várias causas, mas uma dentre elas é a principal (a dissintonia do CPP com a CR), a qual não se vai alterar sem uma mudança global do CPP e seu sistema inquisitorial. Logo, *os writs*, do jeito como estão alojados, hoje, no sistema processual penal, apareceram e são uma solução – embora momentânea – para um seriíssimo problema que envolve direitos e garantias fundamentais da maior relevância.

Voltar atrás, portanto, é sim possível – em tempos *solipsistas* nos quais quem tem poder faz ou diz quase tudo que quiser – mas sob o preço de negar, na mais larga extensão, direitos e garantias fundamentais, *aos que mais têm e aos que menos têm*. Para tanto, já começam a aparecer nos tribunais – o que se pode constatar facilmente pela simples leitura dos meandros dos arestos – os que não estão dispostos a trabalhar em favor da causa do *habeas corpus substitutivo*, porque o que não querem mesmo é a faina (e para esses seria com qualquer matéria, sem se importar com os efeitos que ela possa ter), mas também aqueles que não suportam mais o excesso de trabalho com tais *habeas corpus*, justo porque se dão ao esforço de tentar lutar por eles em face daquilo que representam para a cidadania. Estes, obviamente, vão à causa e reclamam da substituição (como era previsível desde há muito) olhando, de um lado, para um ajuste técnico da questão (muito difícil quando o problema, sendo como é, seja sistêmico), mas, do outro, para a necessidade de efetivação da precitada reforma global do CPP, sem a qual não se consegue vislumbrar solução factível. Os prejuízos para a cidadania são muito altos e inexplicáveis – e vão piorar –, enquanto não se faz o que deve ser feito.

Compreensível, tanto quanto inaceitável, então, é a referida posição de ministros e desembargadores na direção de tolher, desde logo e sem qualquer mudança do *status quo*, o uso invulgar do HC, não raro atribuindo a responsabilidade pelo excesso aos advogados simplesmente por usarem a garantia que a lei concede aos pacientes.

Nesta matéria não há segredo: diante de um quadro de excesso de trabalho (embora ainda pareça pouco em face da estrutura conflituosa reprimida em uma sociedade sem meios de acesso à jurisdição) e restrições absurdas ao REsp e ao RExt, somadas à frequente deficiência da qualidade do controle das decisões nos *tribunais de apelação*, algo há de ser feito – e urgente.

Em tal quadro a saída pelo HC foi uma tentativa paliativa de solucionar um problema que aponta à deficiência na distribuição da justiça, mas que, por certo, não só não vai resolver muita coisa como, também, tende a colocar (é só verificar os números) em colapso o próprio julgamento do *habeas corpus*; e em risco os cidadãos porque se expõe a garantia fundamental (da qual não se pode abrir mão) às mesmas restrições dos REsp e RExt, além de outras. Tal risco, agora, vai-se fazendo realidade – e dolorida.

Como parece claro, a tendência dos ministros é caminhar na direção da restrição aos *writs*. Assim, para confirmar a previsão, o recente entendimento do STJ é no sentido de ser necessária (e pelo que se entendeu, imperiosa) a *“racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal”*, tendo em vista que as *“hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal”*³. Em sendo assim, *“para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória”*, justamente porque – e prossegue – *“o writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, a de discutir a dosimetria da pena”*, sob pena de, segundo tal entendimento, o recurso especial se tornar totalmente inócuo⁴.

Argumenta-se, ainda, no sentido de que a utilização do *writ* fora da sua inspiração originária foi muito alargada pelos tribunais e, diante desse pano de fundo, é preciso impor limites, em homenagem à própria Constituição da República de 1988, tudo para que *“não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus”*⁵.

Ademais, segundo a ministra Maria Thereza de Assis Moura, o *habeas corpus* não é panaceia (a palavra utilizada é dela), razão por que a usa para justificar que ele *“não pode ser utilizado como um ‘super’ recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos”*, pelo contrário, ele deve – sim – *“se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir”*⁶.

Os grandes magistrados, em verdade, reconhecidos pelo conhecimento e uma reputação ilibada, nunca tiveram medo de nada, muito menos de advogados; nem deles mesmos

Que o *habeas corpus* – como se diz – está dentro de uma “*via estreita*” ninguém duvida. Daí sua *excepcionalidade*, a qual se tratou de superar para lhe atribuir uma *estrutura ordinária* que não tem e não deve ter, para fazer as vezes dos recursos. E tudo por uma razão banal: a precitada *via estreita* não acolhe (a não ser que se queira!) discussão em matéria probatória e outras; logo, a questão de fundo só vai apreciada quando o julgador (ou julgadores) quiser (em). Eis por que há tanto registro e distribuição de HCs originários e tão pouca concessão, em considerando o número global.

Deste modo, as dificuldades inerentes à estrutura não permitem a todos – em que pese o número elevadíssimo de impetrações – o uso do *writ* (a começar pela questão territorial e localização dos tribunais) e, quando isso ocorre, nem sempre a matéria é apreciada, pelo menos como deveria ser, se de um recurso se tratasse, como é despidendo discutir. Como disse Alexandre Morais da Rosa alhures, “ele [o HC] cura somente quem possui a receita ministrada por alguns médicos/advogados. O imaginário do HC promove ainda o modelo. [mas] O ‘mito’ da beleza do HC se desfaz nos votos concretos”.

Conclusão 1: mais uma vez os menos favorecidos pagam a conta pela balbúrdia e o descalabro do sistema processual penal brasileiro, embora, agora, com a tentativa de volta ao *status quo ante* dos *habeas corpus*, todos tendam a pagar, o que é muito pior porque se desloca o problema para outros lugares e implica colocar luz sobre o *modus* de funcionamento dos tribunais.

Conclusão 2: em face da CR o *habeas corpus* pode ter função substitutiva e é conveniente à cidadania, hoje, que, diante dos casos concretos, tenha, de modo que a volta ao seu lugar de origem, como se tenta fazer e se tenda a conseguir, é um retrocesso imenso que se não deve sustentar, pelo menos enquanto não se tem uma reforma global do CPP, com sua adesão ao sistema acusatório.

Conclusão 3: não se duvida que é preciso voltar ao sistema recursal, mas a ele é imprescindível a coerência, algo que se não tem no CPP de 1941 e, assim, ofende-se a CR.

Conclusão 4: o sistema recursal só terá coerência, mesmo em uma matriz constitucional e, portanto, acusatória, se partir da maior extensão da presunção de inocência (como tenta fazer, hoje, o STF), de modo a permitir a absoluta prioridade aos casos urgentes e que se não coloque no mesmo patamar tempo razoável do processo com decisões imaturas.

Conclusão 5: mesmo porque, se assim não for, as injustiças continuarão e mais uma vez se voltará aos *habeas corpus* substitutivos,

com os advogados tentando (estão nos seus papéis e são contratados para tanto) até encontrar um juiz com condições para os conceder.

Conclusão 6: saber-se-á, então e quem sabe, o que é ou deve ser o *devido processo legal*; e que ele não se presta – nem deve se prestar – tão só para alguns; muito menos para se fugir do enfrentamento às injúrias e de eventuais ofensas aos direitos e garantias individuais.

Notas

* O presente texto foi preparado em outubro de 2011 para o Caderno Jurídico da OAB/PR de novembro daquele ano, e ali apresentado. Agora, com novos dados e decisões que se endereçaram no sentido daquilo que vinha indicado nele, fez-se mister renovar os dados e novos comentários visando atualizá-lo, tudo para reforçar o viço do que vinha proposto.

¹ HC 178371/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012.

² HC 135846/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011. No mesmo sentido é o entendimento nos seguintes julgados, todos de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura: HC 222703/MS, 157616/SC, AgRg no HC 240761/DF, AgRg no HC 239957/TO, HC 136079/MS, 139961/SP e 191598/AC.

³ HC 181117/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 24/02/2012. No mesmo sentido, HC 185724/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012. No mesmo sentido é o entendimento nos seguintes julgados, todos de relatoria do Min. Gilson Dipp: HC 200936/RS, HC 183465/MG, HC 236465/SP, HC 238983/SP, HC 223173/SP, HC 223145/SP, HC 222217/SC, HC 222070/ES, HC 239384/SP, HC 240141/RS, HC 215916/MG.

⁴ AgRg no HC 239957/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012.

A PENHORA ONLINE NA EXECUÇÃO FISCAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

EUGÊNIO ACHILLE GRANDINETTI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

CRISTIANE IWAMOTO

Pós-graduada em Direito Tributário (Uniderp)

RESUMO

O instituto da penhora online surgiu com a implementação do BacenJud, a fim de garantir a celeridade e a efetividade do processo de execução. Diversos problemas vieram à tona com a aplicação da penhora online, dentre eles a antinomia aparente entre o artigo 185-A do Código Tributário Nacional e os artigos 655 e 655-A do Código de Processo Civil. Esta antinomia é superada com a teoria pós-moderna do diálogo das fontes, consoante recente entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, diante da ponderação das garantias do contribuinte e dos direitos da Fazenda Pública (pelo princípio da proporcionalidade), na execução fiscal não mais se exige o esgotamento das diligências na busca de bens do executado para a realização da penhora online.

Introdução

A penhora online, por meio do sistema BacenJud, é um instrumento que concretiza os princípios da celeridade, efetividade e economia processual. Inicialmente, surgiram críticas e posicionamentos contrários à sua aplicação, no entanto, diante dos benefícios trazidos por esse mecanismo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência acabaram adotando-o, e, posteriormente, o legislador pátrio legitimou a sua previsão, primeiro no Código Tributário Nacional (art. 185-A) e depois no Código de Processo Civil (art. 655-A).

Na execução, acontecem muitos conflitos entre diversos princípios. Desse modo, a aplicação do princípio da proporcionalidade pondera os princípios/direitos envolvidos para efetivar o direito ao crédito, não agravando excessivamente o executado.

Nesse contexto, aflorou a seguinte problemática: a Lei 11.382/06, que acrescentou o artigo 655-A do Código de Processo Civil, é aplicável às execuções fiscais? Ou seja, a norma geral posterior (art. 655-A, CPC) prevalece em relação à norma especial anterior (art. 185-A, CTN)?

Os critérios clássicos de solução de conflitos normativos (hierarquia, cronologia e especialidade) não são capazes de responder a esta indagação.

Com efeito, a *teoria do diálogo das fontes*, aplicada recentemente em recurso especial representativo de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, veio tentar resolver esta antinomia.

Em síntese, o presente artigo tem como objetivo apresentar a penhora online, por meio do sistema BacenJud (origem, previsão legislativa, evolução jurisprudencial, críticas e limitações), demonstrar a aplicação do princípio da proporcionalidade nas execuções fiscais e explicar sobre os critérios de resolução de conflitos entre normas, especialmente a teoria do diálogo das fontes.

1. Penhora online e o sistema BacenJud

1.1. Notas introdutórias

Com fundamento nos princípios da economia e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF), a fim de simplificar e desburocratizar os atos processuais executivos, foi instituído, por meio de convênio, o sistema BacenJud, de penhora online, conhecida também como penhora eletrônica.

Esse convênio foi firmado em 8 de maio de 2001 entre o Banco Central e o Superior Tribunal de Justiça junto ao Conselho de Justiça Federal, o qual prevê as responsabilidades e atribuições do Bacen, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e dos demais tribunais signatários do termo de adesão, permitindo o cadastro dos usuários do sistema (somente magistrados)¹.

Com a senha previamente cadastrada, o magistrado preenche um formulário e solicita as informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras da parte executada no limite do débito. O Banco Central, após receber essa solicitação, encaminha-a a todas as instituições financeiras nacionais e estas fazem a triagem, bloqueando a importância solicitada nas contas dos titulares².

Antes da implementação deste sistema, a penhora de dinheiro, quando ordenada pelo juiz, era realizada por meio de ofício, um procedimento moroso e ineficaz, que procrastinava ainda mais o processo executivo.

Observa-se que a chamada penhora online não é tecnicamente uma penhora, mas sim a decretação de indisponibilidade de bens (ativos financeiros), ou seja, um bloqueio de valores bancários por meio eletrônico. No entanto, para facilitar a compreensão e diante da utilização constante da terminologia penhora online pela doutrina e jurisprudência, adota-se, neste artigo, tal expressão.

Outro ponto a ser esclarecido é que a penhora eletrônica por meio do BacenJud não é uma nova modalidade de penhora, mas sim um mecanismo eletrônico que viabiliza a penhora em dinheiro (art. 655, I, CPC)³. De fato, a diferença entre o sistema antigo e o atual encontra-se apenas no meio de transmissão da ordem de penhora⁴.

Assim, a penhora online corporifica a apreensão material de dinheiro do executado para satisfazer o crédito exequendo, permitindo aos juízes a concretização, por meio eletrônico, de um ato executivo já previsto no sistema⁵.

1.2. Previsão legislativa da penhora online

Como visto anteriormente, o sistema BacenJud, de penhora online, é apenas um instrumento que efetiva a penhora em dinheiro. No entanto, diante da polêmica da sua utilização pelos magistrados, o legislador resolveu acatá-la expressamente no ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, a Lei Complementar 118/05 instituiu o *artigo 185-A* no Código Tributário Nacional para acrescentar o instituto da

penhora eletrônica no âmbito das execuções fiscais, por meio do sistema BacenJud:

“Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.”

No ano seguinte, a Lei 11.382/06 introduziu o *artigo 655-A* no Código de Processo Civil, legitimando a utilização do sistema BacenJud nos processos de execução civil, *in verbis*:

“Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.”

1.3. Críticas ao BacenJud de penhora online

Desde o surgimento da penhora online (2001), e mesmo após a sua implementação pelo artigo 655-A do Código de Processo Civil, houve resistência na sua utilização, tanto por parte dos advogados quanto dos magistrados.

Na época, alguns entendiam que a rapidez e a unilateralidade da penhora eletrônica ofenderiam o princípio do contraditório, privando o executado de apresentar sua defesa contra sua efetivação⁶.

Tal entendimento foi superado, uma vez que, na penhora online, o contraditório é diferido, o que permite que a parte executada se defenda após a medida constritiva.

Humberto Theodoro Júnior equipara a penhora eletrônica a uma medida cautelar de arresto, em seus dizeres:

“Na própria execução por quantia certa há previsão de medida cautelar de arresto realizável de ofício, antes da citação do devedor (art. 653, CPC), ou a requerimento do credor, formulado desde logo na petição inicial (art. 615, III, CPC). O bloqueio de saldo bancário, por suas características, e pelo propósito evidente de impedir o desvio

*do numerário antes da formalização da penhora, tem nítido feitiço de medida cautelar, cuja extrema urgência justifica a prática inaudita altera parte.”*⁷

Outra questão, levantada por aqueles que eram contrários à penhora online, seria a violação do sigilo bancário, abrangida pela garantia à intimidade (art. 5º, X, CF).

O que o artigo 655-A autoriza é o juiz determinar o bloqueio do valor suficiente para efetivar a penhora no processo executivo: ou seja, as informações bancárias, como o saldo, são mantidas pelo sigilo bancário, pois nem o juiz, e muito menos o credor, pode vasculhar as contas do devedor de forma ilimitada e injustificada.

Nesse contexto, proveitoso é o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni:

*“É preciso deixar claro que o exequente tem o direito de saber se o executado possui dinheiro depositado em instituição financeira pela mesma razão que possui o direito de saber se o executado é proprietário de bem imóvel ou móvel. Ou seja, tal direito é consequência do direito à penhora, que é corolário do direito de crédito e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF). De modo que a requisição de informações ao Banco Central objetiva apenas permitir a penhora, que é inquestionável direito daquele que tem direito de crédito reconhecido em título executivo, particularmente em sentença condenatória não adimplida, nada tendo a ver com alguma intenção de violar direito à intimidade.”*⁸

Por essas razões, também se concluiu que o sistema BacenJud, de penhora eletrônica, não representa uma ofensa ao sigilo bancário.

Hodiernamente, é incontroverso que a instituição da penhora de dinheiro por meio eletrônico, pelo sistema BacenJud, trouxe maior efetividade ao processo de execução, disponibilizando um mecanismo ágil, que possibilita a constrição de ativos financeiros do executado, sem dar a possibilidade de frustrar a constrição de seus bens penhoráveis, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, e sem violar o sigilo bancário (direito à intimidade).

1.4. Evolução e consolidação da jurisprudência sobre a penhora online

Num primeiro momento, a jurisprudência pátria, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, entendia que a penhora online era medida excepcional cuja admissão pressupunha ter o exequente

exaurido todas as possibilidades de localizar bens em nome do executado⁹.

A alteração do artigo 655 do Código de Processo Civil pela Lei 11.382/06 equiparou o depósito e a aplicação financeira ao dinheiro (preferência da penhora). A referida lei também acrescentou o artigo 655-A, o qual regulamentou a penhora dos ativos financeiros por meio eletrônico. A partir desta previsão legislativa, a efetivação da penhora online não mais necessita da comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens do executado a serem penhorados¹⁰, até porque “o art. 655-A do CPC, ao mencionar a expressão ‘preferencialmente’, determina que é prioritária a utilização do meio eletrônico para a realização das providências contidas no referido dispositivo”¹¹.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “a partir da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, os arts. 655 e 655-A, do CPC, passaram a estabelecer a inquestionável preferência do dinheiro na ordem de constrição, inclusive por meio da penhora online de ativos financeiros”¹², assim “é lícito ao credor recusar bens oferecidos à penhora que se revelarem de difícil alienação, isto porque a execução é feita no seu interesse, e não no do devedor”¹³.

2. As limitações da penhora online

É imprescindível que a execução pecuniária invada o patrimônio do devedor executado; apesar disso, a expropriação deve ocorrer dentro do estritamente necessário para a realização do direito de crédito.

Por conseguinte, a penhora online sofrerá os mesmos limites da penhora geral, ou seja, as hipóteses de impenhorabilidade previstas no artigo 652 do Código de Processo Civil são aplicáveis à penhora de ativos financeiros¹⁴.

2.1. Impenhorabilidade

Depois de realizado o bloqueio online do dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o executado ou o seu advogado (art. 652, § 4º, CPC) será intimado pessoalmente sobre a penhora, podendo apresentar impugnação para comprovar que as quantias depositadas em sua conta bancária referem-se à hipótese do inciso IV do artigo

649 do Código de Processo Civil ou que estão abrangidas por outro tipo de impenhorabilidade.

Na hipótese de impenhorabilidade dos “vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal” (art. 649, IV, do CPC), o executado deve comprovar que os depósitos em conta bancária estão claramente vinculados a fontes pagadoras, caso contrário não poderá ser beneficiado com a impenhorabilidade.

E, ainda, caso o valor depositado tenha entrado “na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável”¹⁵.

2.2. Preservação do capital de giro da empresa devedora

O parágrafo 3º do artigo 655-A do Código de Processo Civil prevê a penhora sobre faturamento de empresa, dispondo o seguinte: “Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.”

Com efeito, a empresa economicamente produtiva pode sofrer a penhora online de parte de seu faturamento mensal¹⁶, desde que se mantenha o capital de giro para permitir a regularidade e a habitualidade da atividade econômica realizada pela empresa executada (pagamento dos empregados, fornecedores, despesas fixas).

Guilherme Goldschmidt, transcrevendo os ensinamentos de Renato Gouvêa dos Reis, explica a importância da sobrevivência de uma empresa:

*“Tal postura se justifica porque a empresa não é uma figura estática de um simples patrimônio. É um organismo vivo, cuja preservação interessa a toda a sociedade e não apenas a seus associados, pela reconhecida função social que desempenha na circulação da riqueza e na produção de bens e serviços úteis e necessário à vida comunitária.”*¹⁷

Assim, a fim de se preservar a existência e a continuidade da empresa executada, evitando problemas econômicos e sociais mais graves, e ao mesmo tempo viabilizando a satisfação do crédito exequendo, a jurisprudência tem permitido a penhora sobre o faturamento de empresas em um percentual a ser estabelecido conforme o caso concreto. Vejamos alguns precedentes:

“Processual civil – Execução fiscal – Penhora sobre o faturamento – Possibilidade – Violação ao art. 535, II, do CPC não configurada – Reexame de matéria fática – Súmula 07 STJ – Precedentes.

– Não se configura a omissão apontada se o acórdão hostilizado analisou a controvérsia à luz dos preceitos legais indicados e em conformidade com a jurisprudência pacífica deste Tribunal.

– A jurisprudência admite a penhora em dinheiro até o limite de 30% do faturamento mensal da empresa devedora executada, desde que cumpridas as formalidades ditadas pela lei processual civil, como a nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e de esquema do pagamento.

– A revisão da matéria fática que embasou a fundamentação do julgado é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 07 do STJ.

– Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 287603/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª T., J. 01/04/2003, DJ 26/05/2003, p. 304)

(...) A penhora online sobre o faturamento de empresa só deve ser utilizada até o limite de 30% (trinta por cento), em caráter excepcional, e motivadamente, posto que pode afetar a normalidade da existência da mesma. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJPR, AI 0614230-9, Rel. Des. Shiroshi Yendo, 16ª C.C., J. 25/08/2010, Dje. 17/09/2010)

Agravo de instrumento – Indenizatória em fase de execução – Bens nomeados à penhora (pneus e obras de arte) não aceitos pelos exequentes em razão da dificuldade na comercialização – Decisão que defere a penhora sobre 30% (trinta por cento) do faturamento diário da empresa até ser satisfeito o montante devido – Medida excepcional – Possibilidade – Percentual que não compromete a solvabilidade da

A penhora online não é tecnicamente uma penhora, mas sim a decretação de indisponibilidade de bens (ativos financeiros)

executada – Inocorrência de violação ao art. 620 do CPC – Execução realizada no interesse dos credores (...). (TJPR, AI 0450490-7, Rel. Des. Edvino Bochnia, 9ª C.C., J. 11/03/2008, Dje. 04/04/2008).”

Consoante o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a penhora de faturamento de empresa é medida excepcional, que não se confunde com a penhora em dinheiro, e será oportuna quando comprovados simultaneamente que: “(I) o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes para saldar o débito exequendo; (II) exista indicação de administrador e plano de pagamento; (III) e o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial”.¹⁸

Portanto, o julgador, ao decidir pela penhora de percentual do faturamento da empresa executada, deve analisar se irá obter o resultado pretendido ou se simplesmente irá ocasionar consequências desmedidas, como a solução de continuidade da atividade empresarial, gerando ainda mais prejuízos socioeconômicos.

A penhora do faturamento é uma forma onerosa de penhora e, como explanado, deve ser medida excepcional. Desse modo, quando houver abalo no capital de giro da empresa executada pela constrição do saldo bancário, ela tem o direito de a substituir por outro bem que seja suficiente para manter a liquidez da execução e lhe seja menos oneroso, nos termos do artigo 688 do Código de Processo Civil¹⁹.

3. Princípio da proporcionalidade na penhora online

3.1. Natureza dos princípios

Conforme a proposta conceitual de Humberto Ávila, “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”²⁰.

Sobre o tema, Ruy Samuel Espíndola explica o seguinte²¹:

“Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras

normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos ‘princípios positivos do Direito’, mas também, como já acentuado, dos ‘Princípios gerais do Direito’ (...). (grifo do original)

Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há que se negar ao princípio constitucional a sua natureza de norma, de lei, de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito” (grifo original).

Os princípios são espécie do gênero norma, dotados de eficácia jurídica, vinculantes, com grande relevância para o ordenamento jurídico, uma vez que estabelecem fundamentos para a interpretação e aplicação do direito.

3.2. O princípio da proporcionalidade

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, o qual pode ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível²².

Assim, tal princípio busca solucionar a relação conflituosa entre dois direitos ou princípios aparentemente incompatíveis para aquele determinado caso concreto, sendo que a interpretação à luz do princípio da proporcionalidade culminará na prevalência de um direito/princípio em relação ao outro.

Consolidou-se, no âmbito doutrinário, o entendimento segundo o qual o princípio da proporcionalidade possui três elementos ou subprincípios, quais sejam: *adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito*²³.

Com efeito, para se aplicar o princípio da proporcionalidade, deve-se examinar se a medida escolhida é adequada, necessária e proporcional.

A medida será *adequada* quando idônea à consecução da finalidade perseguida, e *necessária* quando indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa (sopesamento entre o grau de restrição e o grau de promoção dos direitos/princípios)²⁴.

Em sendo a medida necessária e adequada, deve-se examinar se o ato praticado supera a restrição a outros valores constitucionalizados,

conforme a realização do objetivo pretendido, ou seja, se a realização do fim supera a restrição do direito/princípio (custo-benefício)²⁵.

De acordo com os ensinamentos de Luís Barroso, o princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico que orienta como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente na hipótese de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional²⁶.

Na execução, ocorrem muitos conflitos entre diversos princípios. Muitas vezes, o princípio da efetividade executiva acaba colidindo com os princípios que protegem o executado, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da menor onerosidade etc.²⁷

Assim, o princípio da proporcionalidade surge para tentar apaziguar situações em princípio insolucionáveis.

3.3. A incidência do princípio da proporcionalidade na execução fiscal

No processo de execução, a expropriação realiza-se em proveito do exequente (art. 612, CPC); outrossim, a execução deve ser menos gravosa para o executado (art. 620, CPC).

Há, de fato, um conflito entre o princípio da efetividade do processo de execução e o princípio da menor onerosidade. Se, por um lado, existe o direito do credor em haver o que lhe é devido, por outro, há o direito de o devedor defender-se contra uma infundada pretensão de cobrança fiscal e de pagar o débito de forma menos gravosa.

O princípio da menor onerosidade do devedor executado protege a ética processual, a lealdade e a boa-fé, impedindo o comportamento abusivo do credor exequente²⁸.

No entanto, a aplicação de tal princípio não pode representar uma superproteção ao inadimplente; deve-se procurar o equilíbrio, de forma que a obrigação de pagar o débito possa ser cumprida de maneira mais célere e eficaz, respeitando-se as limitações do executado e buscando-se os meios menos onerosos para o seu cumprimento.

Por outro lado, não há como negar que a penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a efetivação do direito de crédito (princípio da efetividade processual), uma vez que não é necessária a realização da transformação do bem penhorado (como o imóvel) em dinheiro, eliminando, assim, a demora e o custo de atos expropriatórios, a carga do próprio executado, e, ainda, o numerário

bancário penhorado não sofre defasagem, tendo em vista que os depósitos judiciais são submetidos a rendimentos e juros²⁹.

Conforme Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, a “execução efetiva não é aquela montada perante devedor com patrimônio alcançável, mas sim a que, em curto espaço de tempo, realiza o direito do credor. Curial a seguinte indagação: qual a utilidade prática de uma execução garantida por bens que, em razão do pouco interesse despertado no público em geral, não alcança a fase expropriatória e, por conseguinte, a satisfação do crédito? O pior é que, mesmo diante do insucesso desse específico processo executivo, ninguém poderá alcunhar este devedor de insolvente, haja vista a existência de bens suscetíveis de apreensão e alienação forçada. Portanto, a efetividade da execução deve estar relacionada com a materialização dessa realidade através de constrição de bens, da realização de uma penhora produtora, que alcance patrimônio suficiente e idôneo para o efetivo pagamento”³⁰.

Ressalte-se que o bem penhorado deve ser “suficiente para garantir a célere entrega da prestação jurisdicional executiva ao credor”³¹, e não há maior efetividade no processo executivo do que a constrição de dinheiro por meio da penhora online. A adoção desta medida evita incidentes processuais que fragilizam o processo de execução, tais como defasagem entre o valor da execução e o bem penhorado, ocorrência de infidelidade no depósito, intervenção de terceiros para reclamar pelo bem penhorado.

Logo, o magistrado deve conduzir a execução à luz do princípio da proporcionalidade, impondo limites suficientes à satisfação do crédito exequente, sem agravar excessivamente o executado.

4. A penhora online na execução fiscal

4.1. Antinomia aparente de normas e técnicas de resolução de conflitos

Os critérios ou regras fundamentais para solução de antinomia de normas são de três tipos: (a) *critério hierárquico*, pelo qual a norma superior prevalece sobre a norma inferior; (b) *critério temporal/cronológico*, que determina a prevalência da norma temporalmente posterior em relação a uma lei anterior; e (c) *critério da especialidade*, no qual a norma especial se sobrepõe à norma geral quando as duas tratarem da mesma matéria³².

Os critérios supramencionados são utilizados apenas para solucionar a antinomia simples ou antinomia de primeiro grau. Quando há um conflito entre os três critérios de solução, está presente a antinomia de segundo grau.

Na antinomia de segundo grau, o critério hierárquico se sobrepõe em relação aos outros critérios, assim, a norma superior prevalece sempre. O impasse maior ocorre quando uma norma geral posterior conflita com a norma especial anterior.

Para solucionar esta antinomia, alguns afirmam que o critério da especialidade prevalece (como no caso do Código Civil)³³, e outros defendem que o critério cronológico predomina sobre o critério da especialidade³⁴.

O sistema

BacenJud, de

penhora eletrônica,

não representa

uma ofensa ao

sigilo bancário

Sobre o tema, Maria Helena Diniz reconhece que “não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério”³⁵.

A fim de suprir a lacuna dos critérios clássicos de resolução de conflitos, Cláudia Lima Marques importou da Alemanha para o Brasil a *teoria do diálogo das fontes* com o objetivo de compatibilizar determinadas normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil³⁶.

A teoria do diálogo das fontes rompe os paradigmas clássicos ao apresentar um novo modelo para solucionar as antinomias normativas. Segundo os ensinamentos dessa teoria, o intérprete deve analisar a situação fática correspondente em cotejo com as normas incidentes, identificando a finalidade e a essência do bem jurídico para formular a solução que o caso reclama, em consonância com os parâmetros jurídicos que regem a matéria (regras e princípios).³⁷

Sobre esta teoria, Cláudia Lima Marques explica o seguinte:

*“Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do ‘diálogo das fontes’, para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002.”*³⁸

E acrescenta:

“Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico. (...)

*Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da ideia de ‘incorporação’ (...). Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressistemizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo”.*³⁹

Por conseguinte, por esta teoria, é possível afastar uma norma especial anterior para aplicar uma norma geral posterior, desde que em consonância com o sistema normativo e os princípios constitucionais. Assim, a norma mais favorável ao consumidor irá preponderar (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, CF), mesmo que esta norma esteja prevista formalmente num diploma especial (CDC).

4.2. Os artigos 665-A do CPC e 185-A do CTN

A reforma implementada pela Lei 11.232/05 alterou a sistemática do procedimento executivo, determinando que, caso o devedor não pague o valor da condenação, tem o exequente o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, § 3º, CPC). Antes da reforma implementada pela Lei 11.232/05, o executado era citado para pagar ou nomear bens à penhora.

Anomeação dos bens à penhora deve seguir, preferencialmente, o escalonamento previsto no artigo 655 do Código de Processo Civil, que se inicia no dinheiro, em espécie ou aplicação em instituição financeira, sendo que o artigo 655-A do mesmo *Codex* (acrescentado pela Lei 11.382/06) possibilita a penhora eletrônica do dinheiro em depósito ou aplicação financeira, determinada pelo magistrado.

O último artigo citado prevê a *dispensabilidade* da demonstração pelo credor do esgotamento prévio das diligências a seu cargo na busca por outros bens, tendo em vista que “o devedor responde,

para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros” (art. 591, CPC).

Neste momento, é pertinente a seguinte indagação: a Lei 11.382/06, que acrescentou o artigo 655-A do Código de Processo Civil (norma geral posterior), é aplicável às execuções fiscais?

Inicialmente, deve-se ter em mente que o artigo 1º da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80) prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, quando não houver disposição na LEF sobre o tema.

Apesar de a Lei de Execução Fiscal não prever expressamente a possibilidade da penhora online, o artigo 185-A do Código Tributário Nacional (introduzido pela LC 118/05), possibilita a utilização desse mecanismo “se o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e *não forem encontrados bens penhoráveis*, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos”.

Surgiram duas correntes interpretativas, uma pela aplicação do artigo 655-A do Código de Processo Civil, que permite a utilização da penhora de dinheiro por meio eletrônico, dispensando a comprovação de que o exequente procurou outros bens penhoráveis, e outra pela aplicação do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, que possibilita a decretação de indisponibilidade de ativos financeiros desde que não tenham sido encontrados outros bens do executado.

Acentuou-se, a partir daí, a aplicação da teoria do diálogo das fontes, recentemente acolhida pelo Superior Tribunal Federal, mais precisamente pelo ministro-relator Luiz Fux no Recurso Especial 1184765/PA, como será analisado a seguir.

4.3. A jurisprudência do STJ: teoria do diálogo das fontes

O Superior Tribunal de Justiça adotou recentemente a teoria do diálogo das fontes para fundamentar a dispensabilidade do exaurimento de diligências extrajudiciais (“quando não forem encontrados bens penhorados”) a fim de autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

Segundo o entendimento acolhido no julgamento mencionado, pela teoria do diálogo das fontes, “as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo” (STJ, Resp 1184765/PA, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, J. 24/11/2010, Dje 03/12/2010)⁴⁰.

Assim, a antinomia aparente entre o artigo 185-A do Código Tributário Nacional e os artigos 655 e 655-A do Código de Processo Civil é superada com a teoria pós-moderna do diálogo das fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques.

Apesar desta recente decisão proferida em recurso especial representativo de controvérsia, a invocação da teoria do diálogo das fontes para justificar a aplicação da lei processual civil (lei geral) à execução fiscal (lei especial) tem gerado polêmica na doutrina.

Os que entendem pela inaplicabilidade da lei civil à execução fiscal afirmam que a teoria do diálogo das fontes não pode resultar na mitigação de direitos e garantias fundamentais conferidos aos contribuintes (princípios da capacidade contributiva, legalidade, não confisco, ampla defesa e contraditório, e o devido processo legal substancial)⁴¹.

Nesse sentido, defende Edmar Oliveira Andrade Filho:

“Apesar de a satisfação dos créditos da Fazenda atender ao bem comum, ou seja, aos interesses de toda a coletividade, a expropriação de bens dos particulares via atividade tributária, aí incluída a fase executiva, se submete ao respeito dos direitos fundamentais envolvidos. Daí o equívoco hermenêutico cometido quando se confunde o interesse público com o interesse da Fazenda Pública.”

Seguindo esta linha de raciocínio, “a decretação da penhora online só pode ocorrer se o executado for citado, não nomear bens à penhora e a Fazenda ainda não encontrar bens de sua propriedade passíveis de constrição”⁴².

Por se tratar de uma medida drástica, a indisponibilidade de ativos financeiros seria o último meio a ser adotado pelo julgador. É este o entendimento de Hugo de Brito Machado Segundo:

“Pelo que se pode perceber do texto no qual a norma em exame é veiculada, para a sua incidência são exigidos os seguintes pressupostos de fato: (i) existência de um processo de execução fiscal; (ii) realização de citação válida; (iii) decurso in albis do prazo legal para pagamento ou oferecimento de bens a serem penhorados; (iv) insucesso na tentativa de localização de bens pelo exequente e pelo órgão judiciário. É preciso em outras palavras, que o sujeito passivo

Na penhora online o contraditório é diferido, o que permite que a parte executada se defenda após a medida constritiva

da relação tributária, tendo sido executado, saiba da existência da execução e, propositadamente, se mantenha inerte, não procurando solver a dívida nem oferecer garantias para discuti-la. E, ainda, é necessário que o exequente e o Juízo da execução tenham tentado encontrar bens penhoráveis e não os tenham localizado. Só depois disso a medida extrema poderá ser aplicada.”⁴³

Embora existam todas essas críticas no sentido contrário à aplicação do artigo 655-A da carta processual civil em detrimento ao artigo 185-A do Código Tributário Nacional, na prática, em muitos casos, a Fazenda Pública encontra grande obstáculo na localização de bens na esfera patrimonial do contribuinte-devedor (ocultação de bens, mudança de endereço/sede etc.).

Ademais, a demonstração do esgotamento de todas as diligências a procura de bens do executado torna o processo executivo fiscal demorado e dispendioso.

Vai daí que a escolha pela penhora online na execução fiscal, sem que haja necessidade da comprovação do exaurimento, pelo exequente, de todos os meios na busca dos bens do executado, privilegia os princípios da economia e celeridade processual (direito dos litigantes a uma duração razoável do processo, art. 5º, LXXVIII, da CF) e da efetividade do processo (extraída da cláusula geral do ‘devido processo legal’).

Na verdade, está-se diante de um conflito de princípios. Para os defensores da necessidade do esgotamento das diligências, prevalecem os princípios da isonomia tributária, do contraditório e da ampla defesa, e, conseqüentemente, aplica-se o artigo 185-A do Código Tributário Nacional (norma especial anterior). Em contraposição, na linha atual do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, diante dos princípios da celeridade e economia processual, da efetividade e do direito ao crédito fazendário (agilizar e racionalizar a satisfação do crédito fiscal), o artigo 655-A do Código de Processo Civil conjuntamente interpretado com o artigo 655 da carta processual e o artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais dispensa a demonstração daquelas diligências (norma geral posterior)⁴⁴.

Com efeito, à luz do princípio da proporcionalidade, entendemos que o sopesamento dos princípios em confronto, supracitados, e a escolha do critério de solução de antinomia de segundo grau deve resultar na prevalência do interesse público e da tutela jurisdicional efetiva.

Se existe o direito de tratamento isonômico entre o contribuinte e a Fazenda Pública, também existe a obrigação daquele em pagar o tributo e desta em cobrá-lo judicialmente numa execução fiscal célere e efetiva.

Não se está ignorando os direitos do contribuinte e, muito menos, a sua dignidade humana. Observe-se que toda a execução deve ser limitada aos princípios e direitos constitucionalmente protegidos, e, por via de consequência, é necessário buscar uma execução de acordo com as limitações do executado pelo meio menos oneroso.

A escolha da penhora de ativos financeiros é a melhor forma de gerar menor prejuízo para o executado, pois, como explanado, o numerário penhorado não sofre defasagem, uma vez que se encontra em depósito judicial, e também não é necessária a realização da transformação do bem penhorado, gerando menos custos processuais para o executado.

O Estado tem interesse na satisfação do crédito para uma prestação jurisdicional célere e efetiva, por conseguinte, a dispensa do esgotamento das diligências na busca de bens do executado para a realização da penhora online viabiliza o provimento jurisdicional, atendendo o interesse público de efetividade do processo.

Conclusão

a) A penhora online, por meio do sistema do BacenJud, é um instrumento que efetiva a penhora em dinheiro. Diante da polêmica gerada na época em que se firmou o convênio entre o Banco Central e o Poder Judiciário, o legislador resolveu instituí-la expressamente no artigo 185-A do Código Tributário Nacional e no artigo 655-A do Código de Processo Civil.

b) É incontroverso que a instituição da penhora de dinheiro por meio eletrônico trouxe maior efetividade ao processo de execução, disponibilizando um mecanismo ágil, que possibilita a constrição de ativos financeiros do executado, sem dar a possibilidade de frustrar a constrição de seus bens penhoráveis, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, e sem violar o sigilo bancário (direito à intimidade).

c) É possível a penhora online de parte de faturamento mensal de empresa economicamente produtiva, desde que se mantenha o capital de giro para permitir a regularidade e a habitualidade da

atividade econômica realizada pela empresa executada (pagamento dos empregados, fornecedores, despesas fixas). O percentual será fixado pelo magistrado de acordo com o caso concreto.

d) O princípio da proporcionalidade objetiva solucionar uma relação conflituosa entre dois direitos ou princípios aparentemente incompatíveis para aquele determinado caso concreto, sendo que culminará na prevalência de um direito/princípio em relação ao outro.

e) Na execução, existe conflito entre o princípio da efetividade do processo de execução e o princípio da menor onerosidade. Se, por um lado, existe o direito do credor em haver o que lhe é devido, por outro, há o direito de o devedor defender-se contra uma infundada pretensão de cobrança fiscal e de pagar o débito de forma menos gravosa.

A instituição da penhora de dinheiro por meio eletrônico, pelo sistema BacenJud, trouxe maior efetividade ao processo de execução

f) Os critérios clássicos para solução de antinomia de normas (hierárquico, temporal/cronológico e especialidade) não são suficientes para resolver o conflito entre uma norma geral posterior e uma norma especial anterior. Desse modo, surgiram duas correntes interpretativas, uma pela aplicação do artigo 655-A do Código de Processo Civil, que permite

a utilização da penhora de dinheiro por meio eletrônico, dispensando a comprovação de que o exequente procurou outros bens penhoráveis, e outra pela aplicação do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, que possibilita a decretação de indisponibilidade de ativos financeiros desde que não tenham sido encontrados outros bens do executado.

g) O Superior Tribunal de Justiça adotou recentemente a teoria do diálogo das fontes para fundamentar a dispensabilidade do exaurimento de diligências extrajudiciais (“quando não forem encontrados bens penhorados”) a fim de autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras. Assim, a antinomia aparente entre o artigo 185-A do Código Tributário Nacional e os artigos 655 e 655-A do Código de Processo Civil é superada com a teoria pós-moderna do diálogo das fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques.

h) Diante de todo o exposto, é certo concluir que a prestação jurisdicional deve ser célere e efetiva, nos termos do artigo 5º,

inciso LXXVIII, da Constituição Federal, e, por conseguinte, a dispensa do esgotamento das diligências na busca de bens do executado para a realização da penhora online não atende apenas o interesse da Fazenda Pública, mas sim um interesse público de efetividade do processo, compatibilizando com o devido processo legal, uma vez que propicia a rápida entrega da prestação jurisdicional executiva.

Notas

¹ GOLDSCHMIDT, Guilherme. *A penhora online no direito processual brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2008, p. 59.

² *Ibid.*, p. 60.

³ Embora exista ainda muito polêmica a respeito do sistema BacenJud, entendo que a penhora eletrônica não exclui as garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), nem ofende os princípios processuais constitucionais. Nesse sentido: STF, AI 807715 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, J. 09/11/2010, DJe-226 Divulg 24-11-2010 Public 25-11-2010 Ement Vol-02438-03 PP-00723.

⁴ GOMES NETO, José Mário Wanderley. Análise dos critérios utilizados pelas decisões judiciais quanto à aplicação da penhora eletrônica no cumprimento de sentença: um estudo de caso nas Varas Federais cíveis na Seção Judiciária de Pernambuco. *Revista de Processo 2009 – REPRO* 170, p. 259.

⁵ CORREA, André de Luizi. Em defesa da penhora online. *REPRO* 125/92-151. São Paulo: RT, jul. 2005, p. 93.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A penhora online e alguns problemas gerados pela sua prática. *Repro* 176. São Paulo: RT, out. 2009, p. 21.

⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Penhora online. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 36. Curitiba: IAP, set. 2008, p. 96.

⁹ STJ, REsp 755.691/SP, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 05/09/2005; STJ, AgRg no REsp 879.487/RS, Rel. Minª. Denise Arruda, 1ª T., J. 18/12/2007, DJ 07/02/2008 p.1; STJ, AgRg no Ag 944.358/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., J. 26/02/2008, DJ 11/03/2008 p.1; STJ, EResp 791.231/SP, Rel. Minª Eliana Calmon, 1ª Seção, J. 26/03/2008, DJ 07/04/2008 p.1; STJ, AgRg no Ag 939.730/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., J. 19/08/2008, DJ 19/12/2008.

TJPR, AI 0411195-9, Rel. Des. Roberto de Vicente, 18ª C.C., J. 20/06/2007, DJe 29/06/2007; TJPR, AI 0555019-4, Rel. Des. Guilherme Luiz Gomes, 7ª C.C., J. 31/03/2009, DJe 27/07/2009.

¹⁰ STJ, REsp 1101288/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., J. 02/04/2009, DJe 20/04/2009; STJ, AgRg no Ag 1230232/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª T., J. 17/12/2009, DJe 02/02/2010; STJ, AgRg no Ag 1034099/DF, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., J. 15/06/2010, DJe 28/06/2010; STJ, AgRg no Ag 1256411/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., J. 19/08/2010, DJe 17/09/2010; STJ, REsp 1112943/MA, Rel. Minª. Nancy Andrichi, C.E., J. 15/09/2010, DJe 23/11/2010; STJ, AgRg no REsp 1184713/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª T., J. 16/09/2010, DJe 09/11/2010.

TJPR, AI 0562560-7, Relª. Desª. Dulce Maria Cecconi, 1ª C.C., J. 04/08/2009, DJe 25/08/2009; TJPR, AI 0650463-4, Relª. Juíza Subs. 2ª Grau Josély Dittrich Ribas, 2ª C.C., J. 30/03/2010, DJe 14/04/2010; TJPR, Agr 0655128-0/02, Rel. Min. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, 7ª C.C., J. 01/06/2010, DJe 30/07/2010; TJPR, AI 0661305-4, Rel. Min. Ruy Francisco Thomaz, 3ª C.C., J. 27/07/2010, DJe 09/08/2010.

¹¹ STJ, REsp 1043759/DF, Relª. Minª. Nancy Andrichi, 1ª T., J. 25/11/2008, DJe 16/12/2008.

¹² STJ, AgRg no REsp 1174751/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., J. 07/10/2010, DJe 21/10/2010; STJ, REsp 776.364/SP, Rel. Min. Nancy ANDRIGUI, 3ª T., DJe 16/09/2008; STJ, EDcl no REsp 1175585/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., J. 15/04/2010, DJe 19/05/2010; STJ, AgRg no Ag 1277380/MG, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª T., J. 18/05/2010, DJe 04/06/2010.

¹³ STJ, AgRg no Ag 1018742/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJe 22.2.2010. No mesmo sentido, TJPR, AI 0691485-6, Rel. Des. Idevan Lopes, 1ª C.C., J. 15/03/2011, DJe. 25/03/2011; TJPR, AI 0734719-3, Rel. Des. Dimas Ortencio de Mello, 3ª C.C., J. 01/03/2011, DJe 24/03/2011; TJPR, AI 0742127-0, Rel. Des. Eugenio Achille Grandinetti, 2ª C.C., J. 01/03/2011, DJe 14/03/2011.

¹⁴ Humberto Theodoro Junior explica que existem dois limites principais da penhora: (a) a penhora deve recair aos bens suficientes para satisfação do crédito devidamente atualizado, com seus acessórios (juros, custas e honorários (art. 659, CPC); (b) a invasão patrimonial deve revelar utilidade prática. (*Curso de Direito Processual Civil*, v. II, 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 268-7).

¹⁵ STJ, RMS 25.397, Relª. Minª. Nancy Andrichi, 3ª T., J. 14/10/2008, DJe 03/11/08.

¹⁶ “Faturamento é sinônimo de receita obtida pelo empresário com a venda, no mercado de seus produtos ou serviços. É irrelevante, para tanto, que as vendas sejam no balcão, a distância, à vista ou à prazo, mediante expedição de título de saque, ou se título algum. É com o faturamento que o empresário mantém o capital de giro indispensável à manutenção do seu estabelecimento e ao cumprimento de suas obrigações passivas inadmissíveis” (THEODORO JUNIOR,

Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. II, p. 300).

¹⁷ REIS, Renato Gouvêa dos. *Revista Consulto Jurídico*, 21 jul. 2004, *apud* GOLDSCHIMIDT, Guilherme. A penhora online no direito processual brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2008, p. 71.

¹⁸ STJ, REsp 866.382/RJ, Rel^a. Min^a. Nancy Andrichi, 3^a T., 11/11/2008, DJe 26/11/2008; STJ, AgRg no Ag 1175578/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3^a T., J. 04/02/2010, DJe 12/02/2010.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 301.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-9.

²¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60 e 80.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245.

²³ “O princípio da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161).

²⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 133.

²⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 213-216.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 5, p. 59.

²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie e outros. *Op. cit.*, p. 56.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 93.

³⁰ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. A penhora online após o advento da Lei 11.382/2006. *RePro* 154. São Paulo: RT, dez. 2007, p. 153.

³¹ CORREIA, André de Luiz. *Op. cit.*, p. 152.

³² Decreto-Lei 4.707/1942 (LICC), “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (...)”

³³ NORBERTO BOBBIO defende que “o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva uma posterior exceção ao princípio *lex posterior derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a lei posterior é inferior, mas também quando é *generalis* (e a ‘*Lex prior é specialis*’)” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 108).

³⁴ VITOR F. KÜMPEL entende que o critério cronológico prevalece sobre o critério da especialidade por quatro fundamentos principais: (a) a LICC só previu o critério cronológico (art. 2º), se não houve incompatibilidade, a lei nova se harmoniza e não revoga a anterior, passando ambas a incidir no sistema jurídico; (b) caso se impossibilite a revogação de normas especiais já existentes, as normas gerais e os Códigos posteriores não poderiam dispor das matérias já previstas nas normais especiais anteriores; (c) caso houvesse a prevalência da lei especial anterior sobre a geral posterior, obrigaria o legislador conhecer todas as leis especiais anteriores, para revogá-las expressamente; (e) a presunção segundo o qual o legislador, ao tratar das leis especiais, faz isso com maior acuidade é acadêmica, sem qualquer previsão sistêmica. (A antinomia de segundo grau e o novo código civil brasileiro. *RDCPC* nº 30. Porto Alegre: Síntese, v. 5, jul./ago., 2004, p. 52-3).

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 472.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, v. 7, 2004, p. 15-54.

³⁷ VIANNA, José Ricardo Alvarez. A teoria do diálogo das fontes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18279>>. Acesso em 9 fev. 2011.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 15-54.

³⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁰ A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná tem acompanhado o entendimento acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça: “Agravado de instrumento.

Execução fiscal. Nomeação à penhora de precatório. Novo regime de pagamento de precatório trazido pela EC 62/09. Crédito de precatório que passou a ser inexigível e que perdeu o poder liberatório. Ausência de atrativo ao fisco. Recusa legítima. Penhora online. Viabilidade. Desnecessidade de exaurimento da busca de bens da parte devedora. Inteligência do art. 655 do CPC, com redação dada pela Lei 11.382/06. Precedentes do STJ. Ausência de ofensa ao princípio da menor onerosidade ao devedor. Agravo de instrumento conhecido e não provido” (TJPR, AI nº 0719929-3, Rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, 3ª C.C., J. 01/03/2011, DJe. 17/03/2011). Precedentes: TJPR, Agr. 0751236-3/01, Relª. Juíza Convocada de 2º Grau Josély Dittrich Ribas, 2ª C.C., J. 22/02/2011, DJe. 10/03/2011; TJPR, Agr. 0722782-5/01, Rel. Des. Paulo Roberto Vasconcelos, 3ª C.C., J. 15/02/2011, DJe. 04/03/2011; TJPR, AI 0671773-5, Rel. Des. Espedito Reis do Amaral, 3ª C.C., J. 09/11/2010, DJe. 07/12/2010; TJPR, AI 0572392-2, Relª. Desª. Dulce Maria Cecconi, 1ª C.C., J. 01/09/2009, DJe. 29/09/2009; TJPR, AI 0694543-5, Rel. Des. Eugenio Achille Grandinetti, 2ª C.C., J. 05/10/2010, DJe. 20/10/2010.

⁴¹ Dentre eles, Hugo de Brito Machado Segundo, Diego Diniz Ribeiro, Edmar Oliveira Andrade Filho.

⁴² RIBEIRO, Diego Diniz. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 83. São Paulo Dialética, 2010, p. 23.

⁴³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A indisponibilidade de bens online na execução fiscal e o postulado da proporcionalidade, *Processo Judicial Tributário*, sob a coordenação de Clélio Chiesa e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo, MP, 2006, p. 279.

⁴⁴ “O art. 655, inc. I e 655-A do CPC, combinado com o art. 11 da Lei nº 6.830/80, conferiu prioridade da penhora sobre dinheiro, em espécie ou em depósito e, a penhora online situa-se como atividade-meio que permite a penhora de dinheiro depositado ou aplicado. Quando o pedido de penhora online é formalizado após o advento da Lei n. 11.382/2006 e, portanto, em consonância com os preceitos estabelecidos pelo artigo 655, inc. I c/c o art. 655-A, ambos do Código de Processo Civil, admite-se a constrição por meio eletrônico” (TJPR, AI 0691485-6, Rel. Des. Idevan Lopes, 1ª C.C., J. 15/03/2011, DJe. 25/03/2011).

“Tributário e processual civil Agravo de instrumento Execução fiscal Executado que nomeou a penhora créditos de precatório requisitório Recusa pelo exequente Inobservância da gradação legal e advento da EC 62/2009 Constitucionalidade Possibilidade Penhora online Constrição de ativos financeiros aplicabilidade do art. 655 e 655-A do CPC Desnecessidade de observância dos requisitos constantes do art. 185-A do CTN Situação diversa da penhora sobre faturamento Orientação do SUPERIOR Tribunal de Justiça. Recurso desprovido” (TJPR, AI 0728401-9, Rel. Des. Eugenio Achille Grandinetti, 2ª C.C., J. 22/02/2011, DJe. 04/03/2011).

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. A penhora online após o advento da Lei 11.382/06. *RePro* 154. São Paulo: RT, dez. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- CORREA, André de Luizi. Em defesa da penhora online. *REPRO* 125/92-151. São Paulo: RT, jul. 2005.
- DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 5.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60 e 80.
- GOLDSCHMIDT, Guilherme. *A penhora online no direito processual brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2008.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. Análise dos critérios utilizados pelas decisões judiciais quanto à aplicação da penhora eletrônica no cumprimento de sentença: um estudo de caso nas Varas Federais cíveis na Seção Judiciária de Pernambuco. *Revista de Processo* 2009 – *REPRO* 170.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- KÜMPEL, Vitor F. A antinomia de segundo grau e o novo código civil brasileiro. *RDCPC*, n. 30. Porto Alegre: Síntese, jul./ago., 2004, v. 5.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A indisponibilidade de bens online na execução fiscal e o postulado da proporcionalidade, *Processo Judicial Tributário*, sob a coordenação de Clélio Chiesa e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo, MP, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Penhora online. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 36. Curitiba: IAP, set. 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e

o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, 2004, v. 7, p. 15-54.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

REIS, Renato Gouvêa dos. *Revista Consultor Jurídico*, 21 jul. 2004, *apud* GOLDSCHIMIDT, Guilherme. A penhora online no direito processual brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2008.

RIBEIRO, Diego Diniz. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 83, São Paulo: Dialética, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A penhora online e alguns problemas gerados pela sua prática. *Repro 176*. São Paulo: RT, out. 2009.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A teoria do diálogo das fontes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18279>>. Acesso em 9 fev. 2011.

O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS*

Professor da Universidade Federal do Paraná

EXCERTOS

“Os crimes contra o sistema de contratações públicas (arts. 315 a 324), contra as finanças públicas (arts. 339 a 3347) e contra a ordem econômica e financeira (arts. 348 a 387) estão cheios de tipos penais indefinidos ou obscuros”

“Os chamados crimes hediondos, essa infeliz criação do legislador brasileiro, foram ampliados para 16 tipos básicos (art. 56), cuja exacerbação penal é incompatível com o princípio da culpabilidade (além do princípio da proporcionalidade)”

“O problema da actio libera in causa, como autoincapacitação temporária (pelo álcool ou análogos) para cometer crime determinado (doloso ou culpos), em seguida realizado no estado de incapacitação produzida, continua sem disciplina legal, permitindo condenações lesivas do princípio da culpabilidade”

“O princípio da proporcionalidade, fundado nos critérios da adequação, da necessidade e da avaliação, com suas funções de otimização da realidade e do direito, parece ignorado pelo projeto, como indicam as penas excessivas ou desnecessárias”

“A reforma da parte geral do Código Penal é desnecessária, com exceção de alguns ajustes na disciplina do erro de proibição e nas hipóteses de aplicação de penas restritivas de direitos – e mais nada”

*** Outras qualificações do autor**

Pós-doutorado pela Universität des Saarlandes-Saarbrücken/Alemanha. Doutorado em Direito pela UFRJ. Mestrado em Direito pela PUC – Rio de Janeiro. Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal.

O exame do projeto de Código Penal (PL 236/12), do ponto de vista dos princípios fundamentais do direito penal – por exemplo, legalidade, culpabilidade, lesividade, proporcionalidade e humanidade – pode ajudar a mostrar, de modo sistemático, os principais problemas científicos e políticos da reforma penal.

1. O princípio da legalidade (art. 1º), realizado sob a forma do tipo de injusto (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), foi amplamente infringido na dimensão de *certeza* da lei. Leis penais incertas ou obscuras representam o *maior perigo para o princípio da legalidade*, porque geram interpretações judiciais idiossincráticas e impossibilitam o conhecimento da proibição pelo povo, pressuposto da prevenção geral e da reprovação de culpabilidade do discurso oficial da pena. Não obstante – e mais do que nunca – vamos continuar lidando com leis penais incertas ou obscuras.

1.1. Na *parte geral* do projeto, os problemas aparecem na forma de *definições* controvertidas ou equivocadas, com frequência expressas em *linguagem* inadequada ou lesiva da gramática.

1.1.1. Por exemplo, a disciplina legal do **conflito de normas** é temerária (art. 12), porque a matéria é controvertida na literatura. Não obstante, declara o óbvio sobre o princípio da especialidade (1º) e sobre o antefato impunível (§ 3º), mas confunde os princípios da consunção e da subsidiariedade (§ 2º). Além de inútil, a norma contribui para ampliar as dúvidas do intérprete.

1.1.2. Ao condicionar a imputação do resultado à *criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo* (art. 14, parágrafo único), o projeto cria dois problemas não resolvidos: o que é *risco tipicamente relevante* e quais os riscos que estão *dentro do alcance do tipo* ninguém sabe.

1.1.3. Ao conceituar *dolo* e *culpa* (art. 18), o projeto usa definições complicadas ou tecnicamente imprecisas. Primeiro, a definição de **dolo** como *querer realizar o tipo penal ou assumir o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado*, está correta na primeira parte (dolo direto), mas é confusa e conflitante na segunda parte (dolo eventual). Por um lado, *consentir* ou *aceitar* designam a mesma atitude emocional ou afetiva de inclusão na **vontade** do agente, sendo desnecessária a repetição de sinônimos na lei; por outro lado – e mais grave –, a teoria da *indiferença* exclui os resultados típicos indesejados (marcados pela expectativa de ausência), mas a indesejabilidade do resultado não exclui o dolo eventual, se o sujeito consente (na) ou aceita a produção de

resultados típicos representados como possíveis, segundo a teoria dominante (*Ernstnahmetheorie*). Melhor definição seria: *doloso, quando o agente quer realizar o tipo penal, ou consente na realização de tipo penal representado como possível*. Por último, a definição de *culpa* não está errada, mas parece pouco técnica: a realização do fato típico *em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias* poderia ser substituído pela expressão “*com lesão do dever de cuidado exigido*”, com vantagem semântica e conceitual.

1.1.4. Depois, ao tentar definir o *início de execução* da tentativa (art. 24), o projeto acopla a teoria **objetiva formal** (*o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo*), pela qual a punibilidade permanece no âmbito do tipo, com a **teoria objetiva individual** (*ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido*), pela qual a punição alcança ações realizadas fora da área do tipo – portanto, ações preparatórias –, com lesão do princípio da legalidade, concretizado no tipo legal. E ainda pior: na prática, a contradição das teorias será resolvida pela adoção da teoria objetiva individual, com cancelamento implícito da teoria objetiva formal (tradicional do direito penal brasileiro), porque basta a alternativa da prática de *ato imediatamente anterior à realização do tipo, que exponha a perigo o bem jurídico*, para caracterizar a tentativa (teoria objetiva individual), sendo desnecessário *realizar uma das condutas constitutivas do tipo* (teoria objetiva formal). O critério híbrido do projeto não tem similar na legislação contemporânea.

1.2. Na *parte especial* do projeto, os problemas aparecem na forma de leis penais *imprecisas* ou *obscuras*, que lesionam a dimensão de **certeza** do **princípio da legalidade** (também conhecido como taxatividade penal), como indicam alguns exemplos escolhidos de modo aleatório.

1.2.1. Nos **crimes cibernéticos**, depois de definir o significado de *sistema informático*, de *dado informático*, de *provedor de serviços* e de *dados de tráfego* (art. 208), cuja compreensão requer um prévio curso de informática, o projeto define o tipo legal de *sabotagem informática* (art. 210), em que conceitos como *entreve* ou *perturbação grave da funcionalidade de sistema informático*, por exemplo, além de complexos parecem indetermináveis.

1.2.2. Nos **crimes contra a paz pública** surge o tipo de *terrorismo* (art. 239, prisão de 8 a 15, ou de 12 a 30 anos) – na verdade, um problema político, que não pode ser controlado pela lei penal, como mostra a experiência internacional –, cuja amplitude e indeterminação

permite criminalizar movimentos sociais e reivindicações políticas coletivas, porque a *exclusão de crime* do § 7º é solapada pelo subjetivismo da exceção: *desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade*; também aparece o *tumulto em evento esportivo* (art. 249), que inclui até ações de ingressar no local de competidores, como campos, quadras, ringues etc. (por exemplo, os *beijeiros*) – cujo protótipo parece ter sido a invasão do Couto Pereira, no jogo Coritiba e Fluminense de 2009; também a *perturbação do sossego* (art. 257), que penaliza ações de provocar ou de não impedir até latidos do cachorro de estimação da residência, por exemplo.

1.2.3. Igualmente, os crimes contra o **sistema de contratações públicas** (arts. 315 a 324), contra **as finanças públicas** (arts. 339 a 3347) e contra **a ordem econômica e financeira** (arts. 348 a 387) estão cheios de tipos penais indefinidos ou obscuros. Entre os últimos, destaque para a *fraude na gestão* (art. 354), a sobrevivência da indefinível *gestão fraudulenta* (art. 354, §1º) e da *gestão temerária* (art. 355), tipos penais que produziram a maior celeuma na jurisprudência antiga e recente.

Ao conceituar *dolo e culpa* (art. 18), o projeto usa definições complicadas ou tecnicamente imprecisas

2. O princípio da culpabilidade, expresso na fórmula *nulla poena sine culpa*, é definido como juízo de reprovação sobre um sujeito (a) *capaz de saber e de controlar o que faz* (imputabilidade), excluído ou reduzido em menores de 18 anos e doentes mentais, (b) que *sabe, realmente, o que faz* (conhecimento do injusto), excluído ou reduzido no erro de proibição e (c) que *tem o poder de não fazer o que faz* (exigibilidade) excluído ou reduzido nas exculpações. O projeto adota formalmente o *princípio da culpabilidade* (art. 1º, parágrafo único) – evitaria muitos problemas se incluísse os demais *princípios*, no mesmo local –, mas o infringe sem nenhum constrangimento.

2.1. Os chamados **crimes hediondos**, essa infeliz criação do legislador brasileiro, foram ampliados para 16 tipos básicos (art. 56), cuja exacerbação penal é incompatível com o **princípio da culpabilidade** (além do princípio da proporcionalidade). O projeto poderia ter eliminado essa espúria figura do direito penal brasileiro, que não tem similar na legislação penal civilizada.

2.2. Os **crimes qualificados pelo resultado**, cujo modelo mais conhecido é a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 4º), é

uma sobrevivência do medieval *versari in re illicita*, incompatível com o princípio da culpabilidade (e também com o princípio da proporcionalidade, porque o autor é punido por resultados *imprevisíveis* e com penas desproporcionais (prisão de 4 a 12 anos), muito superior à soma dos fatos constitutivos (lesão corporal dolosa mais homicídio imprudente, por exemplo). Igualmente, se o projeto pretendia ser moderno, deveria eliminar essa forma de responsabilidade penal objetiva, punido com pena desproporcional.

2.3. O problema da ***actio libera in causa***, como autoincapacitação temporária (pelo álcool ou análogos) para cometer crime determinado (doloso ou culposo), em seguida realizado no estado de incapacitação produzida, continua sem disciplina legal, permitindo condenações lesivas do princípio da culpabilidade. Assim, o projeto pune homicídios cometidos em situação de inimputabilidade por embriaguez – em geral, qualificados por motivo fútil e, portanto, como crime hediondo –, cometidos sem consciência e sem controle pelo autor, embora o Estado autorize (e lucre com) a venda de bebidas alcoólicas.

2.4. A **reincidência** real (fracasso do Estado no projeto técnico-corretivo da prisão) ou ficta (indiferente penal), é o grande vilão do projeto. Além de dupla punição (*bis in idem*), constitui circunstância agravante (art. 78) e retarda exageradamente a progressão de regime: aumenta para **um terço** o prazo previsto para condenados primários (um sexto da pena); no caso de crimes com violência ou grave ameaça, ou com grave lesão à sociedade (o que significa isso?), o prazo aumenta para a **metade** da pena; e no caso de condenação por crime hediondo, o prazo de progressão ainda aumenta para **três quintos** da pena (art. 47). Enfim, também aumenta em **um terço** o prazo de prescrição depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 110). A consequência óbvia, em face dos altos índices de reincidência, será a imediata duplicação da população detida, com agravação de todos os problemas da superlotação carcerária.

2.5. O projeto incorpora a responsabilidade penal da **pessoa jurídica**, agora ampliada (além dos crimes ambientais) para os crimes contra a administração pública, contra a ordem econômica e contra o sistema financeiro (art. 41). Como se sabe, tanto pela **teoria da ficção** como pela **teoria da realidade**, a pessoa jurídica é incapaz de *ação* e de *culpabilidade* – assim, não pode realizar o conceito de crime, constituído de **injusto** e de **culpabilidade**, conceitos construídos com base na psicologia individual; além disso, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é desnecessária, porque uma vez configurada a responsabilidade penal do diretor, gerente ou outro órgão da pessoa

jurídica responsável pela decisão lesiva de bens jurídicos protegidos pela lei penal, pode-se aplicar quaisquer sanções contra a pessoa moral (suspensão, interdição, extinção, multas etc.), como **efeito da condenação** da pessoa física respectiva, sem necessidade desse artifício jurídico, incompatível com o princípio da culpabilidade.

2.6. Enfim, a disciplina do **erro de proibição** retorna à antiga teoria rigorosa (ou extrema) da culpabilidade, em que o erro inevitável exclui e o erro evitável reduz a culpabilidade (art. 35, § 3º), abandonando a mais democrática teoria limitada da culpabilidade da lei vigente, em que o **erro de tipo permissivo** (suposição de situação de fato que legitimaria a ação, se existente), evitável ou não, **exclui o dolo**, porque as representações do autor coincidem com as representações do legislador, com punição por imprudência se existir o tipo legal.

3. O princípio da lesividade (ou da **ofensividade**), expressamente adotado no art. 14 (o fato criminoso exige *ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico*), é negado em inúmeros tipos penais da parte especial, nos quais não existe **bem jurídico** identificável: a *intimidação vexatória* – o novo nome do *bullying* – (art. 148), o *falseamento de resultado de competição esportiva* (art. 151), o *cambismo* (art. 152) etc., sem falar nos crimes de *perigo abstrato* (a lesão do bem jurídico é somente estatística) e nos crimes de bem jurídico duvidoso, como os crimes contra a *paz pública* (arts. 239 a 258) ou contra a *saúde pública* (arts. 212 a 238). E o mais grave: o projeto admite o *princípio da insignificância*, mas as condições exigidas reduzem o significado do princípio a quase nada: mínima ofensividade, reduzidíssimo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão (art. 28, § 1º).

4. O princípio da proporcionalidade, fundado nos critérios da *adequação*, da *necessidade* e da *avaliação*, com suas funções de otimização da realidade e do direito, parece ignorado pelo projeto, como indicam as penas excessivas ou desnecessárias. Por exemplo, nos crimes hediondos (art. 56), nas restrições da reincidência para progressão de regimes (art. 47), na fixação de 40 anos para reunificação da pena de prisão, em caso de novo crime após início de execução (art. 91, § 2º), não parece que o legislador tenha se perguntado: a) a pena é *meio adequado* para proteção do bem jurídico? b) a pena – admitida como *meio adequado*, entre outros – é, também, um *meio necessário* para proteção de bens jurídicos? c) enfim, a pena cominada pelo legislador (ou aplicada pelo juiz) é *proporcional* à lesão abstrata (lei)

ou concreta (juiz) do bem jurídico? O princípio da proporcionalidade, útil para excluir penas excessivas ou desproporcionais ao desvalor da ação ou do resultado (*Übermassverbot*) – mas não para incluir exigências de punição mínima (*Untermassverbot*), como querem ideólogos da repressão –, é infringido pelo punitivismo desvairado do projeto, como qualquer exame superficial da *parte especial* pode demonstrar.

5. Por último, o **princípio da humanidade**, deduzido do princípio da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF), além da pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados e de banimento, **proíbe penas cruéis** (castração, mutilações e esterilização, por exemplo). Apesar disso, o projeto amplia as penas cruéis dos crimes hediondos (art. 56), ou a crueldade dos prazos excessivos de execução da pena para progressão de regime dos condenados reincidentes (art. 47). E no caso de medidas de segurança, se o **prazo mínimo** é de 1 a 3 anos, é excessivo o **prazo máximo** igual à pena abstrata cominada (art. 96, § 2º, 'a'), assim como o prazo de 30 anos para fatos praticados com violência ou grave ameaça, se persistir a periculosidade. Por que não o prazo da pena concreta aplicável, se o autor fosse imputável – como propõe um setor da jurisprudência gaúcha?

6. Em **conclusão**, como demonstra esta análise elementar, as lesões aos **princípios fundamentais** do direito penal não são pontuais, isoladas ou casuais, mas ocorrem em massa, aos montes, de modo sistemático e abrangente. A tentação de defini-lo como **projeto Quasímodo** ou **projeto Frankenstein** somente é descartada porque tais personagens literárias possuem qualidades internas que compensam as deformações externas, o que não ocorre com o projeto – que, ao fim e ao cabo, é mesmo um monstro. Claro, o projeto tem alguns méritos: a) a descriminalização da **droga** (art. 212, §§ 2º, 3º e 4º), no aspecto de posse (ou de cultivo de plantas) para consumo próprio; b) a descriminalização do **aborto** (art. 128), nas hipóteses de risco para vida ou saúde da mãe, de gravidez com violação da dignidade sexual ou por métodos não consentidos, de feto anencefálico ou com anomalia grave, e finalmente, por vontade da gestante, até a 12ª semana de gestação, verificada ausência de condições psicológicas para a maternidade; c) a descriminalização da **eutanásia** em pacientes terminais, como *ajuda passiva* mediante consentimento da vítima. Mas esses avanços também poderiam ser obtidos com alterações específicas da legislação

vigente, evitando a imensa bagunça nos conceitos jurídicos, no sistema de normas e na política criminal, que a doutrina e os tribunais levarão décadas para assimilar e, afinal, concluir que teria sido melhor deixar tudo como está.

Argumentos científicos e razões de política criminal aconselham a rejeição do projeto. A natureza e a extensão dos defeitos são muito maiores do que eventuais méritos, tornando o projeto imprestável: não pode ser emendado, retificado ou corrigido. O grande e irremediável problema é a contaminação do sistema penal por uma ideologia conservadora, é a normatização de uma concepção autoritária de política criminal, é a tentativa de garantir com crimes e penas uma sociedade desigual e injusta.

Por último, é importante dizer: a reforma da *parte geral* do Código Penal é desnecessária, com exceção de alguns ajustes na disciplina do **erro de proibição** e nas hipóteses de aplicação de penas **restritivas de direitos** – e mais nada. E quanto à reforma da *parte especial*, se a incorporação da legislação extravagante era uma necessidade (princípio da codificação), o projeto perdeu a oportunidade de fazer uma verdadeira reforma, mediante **humanista** e **seletiva** redução de crimes, extinção de penas e desinstitucionalização do sistema penal: a) **descriminalização** das infrações penais de bagatela (crimes de ação penal privada, ou punidos com detenção ou com multa alternativa etc.), dos crimes qualificados pelo resultado, dos crimes de perigo abstrato etc.; b) **despenalização** ampla, com extinção do arcaico sistema de penas mínimas e redução das penas máximas (em especial, extinguindo a categoria dos crimes hediondos), porque as vítimas não estão interessadas em penas, mas em reparação do dano ou restituição da coisa, nas linhas de uma justiça restaurativa; c) **desinstitucionalização** da execução, extinguindo os manicômios judiciários, como fez a Itália com a *Lei Basaglia*, ou revitalizando o *sursis* e o *livramento condicional*, plenamente compatibilizáveis com as hipóteses de regime aberto – ao invés de extingui-los, pura e simplesmente, como fez o projeto.

Em linhas gerais, estas são as principais críticas ao Projeto 236/12 do Senado Federal.

Nos crimes contra a paz pública surge o tipo de *terrorismo*, na verdade um problema político, que não pode ser controlado pela lei penal

A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO NO DIREITO NO CANADÁ

LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE*

Juiz de Direito no Estado do Paraná

EXCERTOS

“Em relação aos atos jurídicos em sentido estrito, em que a formação da vontade tem menor importância que nos negócios, torna-se ainda mais difícil aplicar o genérico sistema protetivo das incapacidades”

“Não é mais possível manter uma interpretação que analise a capacidade de exercício apenas sob o ponto de vista genérico, considerando que os chamados ‘incapazes’ nunca possam exercer seus direitos sem assistência ou representação”

“O valor fundamental da Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana. Se, em determinado caso concreto, a presunção de incapacidade (seja em situações patrimoniais ou existenciais) conflita com a efetiva proteção e desenvolvimento da pessoa, estará em desconformidade com a finalidade que a ordem constitucional lhe atribui”

“A partir dos casos concretos, com suas incontáveis particularidades, considerando-se as condições presentes naquele momento, pode-se verificar se um negócio de venda de imóvel, em valor adequado, celebrado com a observância de padrões objetivos em moldes normais e adequados, pode ou não ser anulado a partir da presunção da necessidade de proteção de seu capital”

“Se o negócio foi realizado em preço razoável, sem comprometer as finanças da pessoa que se busca proteger, se ele é interessante e útil ao menor, não há razão para declarar sua nulidade”

*** Outras qualificações do autor**

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ.

Introdução

Por ocasião do I Congresso Internacional da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), ocorrido entre os dias 7 e 17 de setembro de 2010, cerca de 200 juizes brasileiros tiveram a grata experiência de conhecer o sistema judicial canadense. Como forma de multiplicar o conhecimento vivenciado no congresso, a AMB solicitou aos participantes a publicação de algum artigo sobre o sistema canadense. Tantos foram os diálogos desenvolvidos no encontro que a escolha de um assunto tornou-se difícil, a qual ocorreu pelo gosto do tema ‘incapacidade de exercício’. Sobre o objeto já tive oportunidade de escrever uma monografia recentemente publicada¹.

O Canadá possui uma forma de organização única: um sistema ‘*bijuralista*’, termo usado para designar que em um mesmo país vigem dois sistemas jurídicos: o do *Common Law* (direito adotado em nove províncias) e do *Civil Law* (adotado apenas na província do Québec).

Inicialmente delimita-se o estudo ao direito civil da província do Québec em razão da existência de fonte codificada. Por certo que há muita riqueza nas decisões sobre o tema nas demais províncias. Todavia, a curta estadia não permitiu recolher maiores detalhes sobre as decisões das cortes do *Common Law*, que deverão ser objeto de outras pesquisas.

O texto está dividido em duas partes: na primeira apresenta-se como o instituto vem sendo tradicionalmente estudado no Brasil, com breves considerações críticas, passando-se para uma nova proposta de interpretação que esteja em congruência com os princípios da Constituição Federal; na segunda, o instituto será verificado a partir do Código Civil do Québec, com algumas considerações comparativas.

1. A capacidade de exercício no direito brasileiro

1.1. Panorama atual e considerações críticas

A *capacidade de exercício* é a aptidão da pessoa para exercer pessoalmente os atos da vida civil. As pessoas que não possuem plena capacidade para tal exercício são consideradas incapazes.

As regras de incapacidade fazem parte de um sistema protetivo para as pessoas sem plena capacidade de entendimento. Estando previstas na parte geral do Código Civil, teriam aplicação a todo e qualquer ato jurídico em sentido amplo, ou seja, aos negócios jurídicos,

aos atos jurídicos em sentido estrito e aos atos-fatos jurídicos. Porém, elas são muito mais destinadas a regular o negócio jurídico, pois neste é preponderante o elemento vontade e a característica patrimonial da relação.

Nos negócios jurídicos o elemento vontade é primordial porque é a partir dele que as partes regulam as consequências jurídicas do ato. Tal não ocorre no ato jurídico em sentido estrito, em que as consequências são previamente determinadas pela lei². Nos chamados atos-fatos jurídicos, a vontade sequer chega a ser relevante, pois o ordenamento ressalta a consequência do ato, o fato resultante³.

Primeiramente, deve-se destacar o excesso nesta proteção ao patrimônio dos incapazes, o que deixa sem explicação vários atos que livremente realizam, mesmo em matéria de negócios. Por exemplo: compra de um lanche em uma panificadora por uma criança de 8 anos. Para explicar esta situação, já se pensou em classificar esses típicos negócios jurídicos como ato-fato⁴. Essa necessidade de nova classificação jurídica a atos que são tipicamente negócios jurídicos é fruto do sistema abstrato que presume incapacidades. Em relação aos atos jurídicos em sentido estrito, em que a formação da vontade tem menor importância que nos negócios, torna-se ainda mais difícil aplicar o genérico sistema protetivo das incapacidades. Quanto aos chamados atos-fatos, o sistema abstrato protetivo é incongruente, pois tecnicamente não seria necessário *discernimento* para a sua prática⁵.

Outro problema não corrigido no novo código respeita ao tratamento genérico de consequências jurídicas atribuídas aos atos dos incapazes. Sugerem-se semelhantes consequências nos diversos *tipos* de incapacidade⁶.

Estão descritos nos incisos do artigo 3º os absolutamente incapazes e no artigo 4º os relativamente incapazes. Na teoria, os casos estão claramente escritos no Código Civil. Mas no momento da subsunção a teoria demonstra-se pura teorética ante a enorme dificuldade de divisões taxativas de graus em estados mentais das pessoas⁷.

1.2. Linha interpretativa da capacidade de exercício no direito brasileiro à luz da Constituição

O direito é um fenômeno cultural e como tal é interpretado a partir dos princípios vigentes em cada época. O princípio maior a reger a interpretação das normas brasileiras é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal princípio possui várias vicissitudes.

Certo é que a pessoa, com maior ou menor grau de discernimento, faz parte de um grupo social, e deve estar inserida no projeto de uma sociedade que se diz solidária, respeitando-se suas escolhas. Assim, não é mais possível manter uma interpretação que analise a capacidade de exercício apenas sob o ponto de vista genérico, considerando que os chamados “incapazes” nunca possam exercer seus direitos sem assistência ou representação.

Para aceitar que as normas que tratam dos “incapazes” no Código Civil continuam em vigência, há que se fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal. Há que se considerar que o Código Civil traz uma mera presunção relativa de que o incapaz tem melhor proteção atribuindo-se representação e assistência, a qual pode ser afastada nos casos em concreto. A presunção não pode engessar as possibilidades de concretização do projeto pessoal do indivíduo, se não contribuírem para seu desenvolvimento, educação e inserção na sociedade.

Nas situações existenciais⁸, a presunção de incapacidade é quase que inaplicável, ante a impossibilidade de separar-se o sujeito e o objeto da situação. Certamente há que se ressaltar situação em que o “incapaz” esteja claramente exercendo sua “liberdade” de escolha de forma contrária à concretização de sua personalidade. Por exemplo, a exposição de sua imagem à mídia de forma caricata ou excessivamente vulgar, prejudicando seu próprio desenvolvimento⁹.

No que concerne à situação jurídica patrimonial, é aquela suscetível de avaliação econômica. Mas se esta desempenha uma função de natureza existencial, o perfil funcional determina que esta situação, que poderia ser considerada patrimonial a partir do caso concreto, ganhe característica existencial.

O valor fundamental da Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana. Se, em determinado caso concreto, a presunção de incapacidade (seja em situações patrimoniais ou existenciais) conflita com a efetiva proteção e desenvolvimento da pessoa, estará em desconformidade com a finalidade que a ordem constitucional lhe atribui.

Nas situações patrimoniais, de igual forma às existenciais, não se mantém a exigência genérica da assistência e representação. Há

Nos negócios jurídicos o elemento vontade é primordial porque é a partir dele que as partes regulam as consequências jurídicas do ato

que se averiguar cada caso concreto. Se há possibilidade do “incapaz” participar de situações patrimoniais e até de celebrar contrato, este não pode ser anulado ou declarado nulo, pois se estaria contrariando princípios constitucionais já referidos. O que se deve verificar é, a partir da situação em concreto, o conteúdo objetivo do negócio e seu valor social¹⁰. Há que se afastar a aplicação da incapacidade nos atos em que não se exija qualquer capacidade de entendimento, pois seria incongruente até em relação às antigas ideias sobre o tema. Não há necessidade de criarem-se complexas explicações de modo a modificar a classificação de típicos negócios jurídicos para atos-fatos. Uma compra de guloseima é um contrato. *Simplesmente não se aplica um sistema protetivo se não é necessária proteção neste caso concreto*. O sistema da incapacidade não se aplica apenas e tão somente porque nenhuma teoria jurídica consegue mudar a cultura, o mundo real. O “direito racional” nunca impedirá que uma criança compre sua pipoca doce em festa junina da escola.

Mas como identificar a necessidade da proteção? Em que situações afasta-se a relativa presunção de incapacidade nos negócios patrimoniais? Antes de enfrentar tais questões, rapidamente deve-se falar algo sobre a causa dos negócios.

A professora Maria Celina fez um estudo sobre “a causa dos contratos”¹¹ que é muito relevante ao se analisar a necessidade do discernimento nos negócios jurídicos.

Primeiramente, “o negócio jurídico contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”¹². A professora segue analisando a noção de causa do negócio em sentido subjetivo e objetivo. A noção de causa do negócio sob o ponto de vista subjetivo deriva do Código Civil francês, forjado sob influência da valorização da ideia de que a liberdade negocial representava a vontade real do contratante e o ideal burguês de igualdade nas oportunidades¹³.

Partindo de uma noção objetiva, “a função do negócio é colocada em primeiro plano, em lugar da vontade. Aquela que a doutrina tradicional considerava vontade do conteúdo do negócio vem agora reduzida à consciência do significado objetivo da declaração emanada e do específico valor social do comportamento, isto é, de um interesse objetivo, socialmente controlável, considerado digno de tutela pelo ordenamento”¹⁴.

Deve-se ressaltar que, mais importante que a vontade interna, serão os efeitos produzidos, os quais devem ser compatíveis com

os princípios que regem o ordenamento jurídico. Mais importante que a vontade interna será regular os efeitos jurídicos essenciais do negócio¹⁵. Assim, mais importante que a possibilidade de discernimento, será verificar se o negócio jurídico foi realizado contemplando um interesse do incapaz, que nada mais é que o próprio interesse de sua integração na sociedade. A proteção não se faz mais a partir de sua retirada da vida negocial; tem sentido, sim, se promove o desenvolvimento de sua personalidade.

Por certo que se uma criança vender um imóvel por preço vil, o contrato não será considerado *socialmente adequado, socialmente aceito, socialmente considerado ao alcance do incapaz a partir de sua capacidade natural; não será um legítimo interesse objetivo digno de tutela pelo ordenamento.*

No entanto, nada se pode generalizar. A partir dos casos concretos, com suas incontáveis particularidades, considerando-se as condições presentes naquele momento, pode-se verificar se um negócio de venda de imóvel, em valor adequado, celebrado com a observância de padrões objetivos em moldes normais e adequados, pode ou não ser anulado a partir da presunção da necessidade de proteção de seu capital.

Parece que uma medida de controle social para determinar-se a possibilidade negocial do “incapaz” deve ser a boa-fé objetiva negocial¹⁶. O que não é possível é ficarem sem solução situações que a vida cotidiana já consagrou, desde situações simples até as mais complexas. Por exemplo, uma criança ganha seu próprio dinheiro num contrato de prestação de serviço de corte da grama da casa vizinha e decide investir seu dinheiro em uma bota para melhorar sua atividade empresarial. Ou um adolescente de treze anos trabalha no mercado informal para sustentar a família e com fruto de seu trabalho adquire o direito de posse de um barraco em uma invasão de terreno urbano abandonado.

Se há uma “sociedade solidária”, a inserção do “incapaz” não é “tarefa exclusiva” do Estado. A sociedade civil tem que aprender a conviver e integrar o “incapaz”. O efeito do negócio jurídico não se produz apenas entre as partes. Toda a sociedade tem interesse, produz efeito na vida de todos que convivem com os “incapazes”. Há que se aceitar o “risco” patrimonial em benefício da inserção social.

A proteção não se faz mais a partir de sua retirada da vida negocial; tem sentido, sim, se promove o desenvolvimento de sua personalidade

2. O exercício de direitos por “incapazes” no Québec

2.1. O sistema protetivo no direito civil do Québec

Inicialmente há que se limitar o tema. O artigo tem por finalidade apresentar a estrutura legal do instituto no Québec. Para facilitar a compreensão, sempre que possível, faz-se de modo comparativo ao Brasil.

No direito do Québec, também se estabeleceu o instituto da capacidade de exercício (*incapacités d'exercise*), o qual é analisado de forma semelhante ao Brasil, tratando-se de um sistema protetivo do incapaz.

“Ces deux catégories correspondent à des inaptitudes juridiques, en ce sens qu’elles ne sont pas automatiques et requièrent une certaine intervention de l’Etat: en effet, dans un cas – la minorité –, la loi décide de l’âge nécessaire pour exercer pleinement ses droits, d’une part, et organise directement un régime de protection du citoyen trop jeune, d’autre part; dans l’autre – les difficultés psychologiques –, le tribunal pourra accorder à un majeur vulnérable un protecteur quant à sa personne ou à ses biens. (...) La première s’attache à l’âge – en fait, à l’insuffisance d’âge: une personne trop jeune n’a pas suffisamment d’expérience pour poser certains actes. La seconde catégorie s’explique par des difficultés d’ordre psychologique, susceptibles d’affecter la qualité du consentement.”¹⁷

A primeira hipótese tratada pelo CCQ (Código Civil de Québec) é a menoridade. Exatamente como no Brasil, inicialmente era fixada em 21 anos. A partir de 1971 a idade foi reduzida para 18 anos, conforme seu artigo 153.

Logo em seguida, o artigo 155 do CCQ excepciona a regra da incapacidade e permite que o menor exerça pessoalmente seus direitos, na forma expressa em lei¹⁸. E os adolescentes que atingirem 14 anos podem praticar todos os atos pertinentes ao seu trabalho, conforme o artigo 156¹⁹.

Em seguida, no artigo 157 do CCQ²⁰, libera-se ao menor a prática dos atos que estiverem em consonância com o discernimento, referentes às necessidades ordinárias e usuais. Isso é muito importante. *O Código expressamente permite que os menores realizem negócios considerados socialmente adequados, socialmente aceitos, sem que a limitação genérica os alcance. Perceba-se que é a mesma ideia defendida para o direito brasileiro.*

A segunda hipótese do sistema protetivo de incapazes é destinado aos maiores com dificuldade ou sem plena capacidade de cognição e formação da vontade. Tem previsão no artigo 256 e seguintes. Destina-se a estabelecer um regime de proteção no melhor interesse do representado²¹.

Na fixação do regime protetivo ao maior busca-se levar em conta as possibilidades concretas para o cuidado consigo mesmo e para a administração de seus bens²².

Os artigos 281 e 285 do CCQ estabelecem que para o maior inapto total e permanentemente é estabelecido um regime de curatela e para aquele que possui inaptidões parciais ou temporárias o regime será o de tutela²³.

Para o maior sujeito ao regime de tutela aplicam-se as regras de exercício de direitos dos menores com as adaptações necessárias.

Considerando um grau maior de capacidade, para a tutela aplica-se, com as adaptações necessárias, o regime destinado aos menores, conforme artigo 287 do CCQ²⁴.

2.2. Consequências dos atos praticados pelos incapazes

Em razão da presunção de vulnerabilidade dos incapazes, há um sistema de nulidades para os atos jurídicos praticados pelos incapazes.

“Le droit des incapacités joue, d’une certaine façon, un rôle d’adjuvant du régime des vices du consentement, en ce que <<la loi présume, d’une manière irréfragable, l’insuffisance de volonté>> de certaines personnes qui sont vulnérables, en raison d’un <<donné naturel>> ou circonstanciel, qui peut être leur âge ou leur état psychologique. Si un contractant ainsi vulnérable <<a néanmoins conclu un contrat, il n’a pas à démontrer le vice de son consentement, qui se trouve, en quelque sorte, ipso jure établi>>.”²⁵

Para os menores não emancipados, na maior parte dos casos, para que um negócio seja anulado deverá ocorrer algum prejuízo, sendo esta a regra do artigo 163 do CCQ. Exceções são as previstas nos artigos 161 e 162²⁶.

“Parfois, l’inaptitude se révèle insuffisante à remettre en cause le contrat ou son contenu: la preuve que l’inapte a subi une lésion sera en effet indispensable. Dans certains cas, cette exigence supplémentaire est clairement exprimée: c’est le cas pour les mineurs non émancipés, dans la plupart des hypothèses (art. 163), sous réserve de certaines exceptions; (...) C’est donc le préjudice qui résulte de l’acte qui, en fin de compte, intéresse le droit, et non la

minorité en tant que telle; la minorité – avec ce qu'elle implique de vulnérabilité et d'inexpérience – n'est en fait que la cause de ce préjudice. Ce que la loi recherche véritablement, c'est la protection du mineur, et non l'installation d'une incertitude, et en bout de ligne, la prime au changement d'avis et au caprice.”²⁷

O texto supracitado busca na noção de prejuízo manter os negócios realizados pelos menores. Ou seja, se o negócio foi realizado em preço razoável, sem comprometer as finanças da pessoa que se busca proteger, se ele é interessante e útil ao menor, não há razão para declarar sua nulidade.

Percebe-se que a preocupação em permitir a realização de negócios socialmente adequados continua a ser o ponto central da discussão. Todavia, há que se discordar da fórmula proposta. As condições a serem verificadas não devem ser em relação ao resultado do negócio. O que importa são as condições objetivas para a realização do negócio. Esse é o limite já apontado pelo artigo 157 do CCQ, conforme mencionado.

Por exemplo. Um adolescente compra alguns dólares para lucrar porque se noticiou que a moeda americana se valorizaria perante o real. Mas ocorre o contrário. O que deve se analisar é se o negócio é socialmente adequado, se houve boa-fé objetiva negocial de ambas as partes e não o resultado de lucro ou prejuízo.

No caso de curatela ao maior de 18 anos, os atos jurídicos poderão ser anulados ou as obrigações poderão ser reduzidas mesmo sem prova de alguma lesão ou prejuízo, nos termos do artigo 283 do CCQ²⁸.

No que concerne aos atos de maiores com tutela, somente há anulação do ato se houver um prejuízo, nos termos do artigo 294 do CCQ²⁹.

2.3. Breves conclusões sobre o sistema de proteção aos incapazes no Québec

Em linhas gerais o direito civil do Québec acompanha a teoria contratual clássica dos países da Europa continental. Historicamente há uma estreita ligação com o direito francês e seria natural a manutenção das ideias liberais posteriores à Revolução Francesa.

Todavia, percebe-se em muitos países que a doutrina e as legislações estão, aos poucos, estabelecendo espaços de autonomia aos chamados incapazes, na medida de suas possibilidades e considerando os casos concretos. A obra tomada como referência

para este estudo (*Droit des obligations*, de Didier Lluelles e Benoit Moore) foi a mais recente encontrada durante a viagem. Ainda se percebe a preocupação patrimonialista dos autores. Contudo, ressaltam espaços de autonomia e a complexidade das relações com a inserção dos menores no sistema jurídico, sem representação.

O que de mais interessante fica nesse estudo comparativo é que, também na América do Norte, os ventos de uma nova forma de se estudar as situações subjetivas começam a derrubar ideias que justificavam uma sociedade liberal individualista mas que não se sustentam diante de princípios solidaristas.

Notas

¹ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *O exercício dos direitos dos incapazes: uma leitura a partir dos princípios constitucionais*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2011.

² “Os atos jurídicos em senso estrito são aqueles cujo fator volitivo se dirige à produção de certos efeitos previstos em lei, imodificáveis pelo mero consentimento. Os negócios jurídicos são atos em que o elemento volitivo possui uma direção certa, a dos efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito de livre disposição.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O negócio jurídico e suas modalidades, a parte geral do novo Código Civil*, TEPEDINO, Gustavo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 182.

³ “No ato-fato jurídico ressalta-se a consequência do ato, o fato resultante, sem levar em consideração a vontade de praticá-lo.” GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro*, v. 1, Saraiva, 2003, p. 301.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil ...*, p. 301.

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2000, p. 21.

⁶ “A presunção de falta de discernimento ou compreensão, que justifica o tratamento como incapaz, é impreciso e imperfeito ao tratamento de atos patrimoniais, uma vez que desloca a realização de tais atos à vontade de um representante ou assistente, assim como assemelha em categorias genéricas como a de deficiente mental, o paranóico, o portador da síndrome de Down ou Alzheimer entre outros, desconsiderando a diferença existente entre tais indivíduos.” RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil (in) a parte geral ...*, op. cit., p. 25.

⁷ “Sem entrar no mérito da definição médica deste estado patológico, se, isto é, trata-se de doença ou insuficiência mental, deve-se observar a variedade de possíveis hipóteses que dependem não apenas das diferentes origens, congênita ou adquirida, mas sobretudo, da diversidade de gradação e de qualidade da insuficiência mental. A maior ou menor possibilidade de reversibilidade de tal insuficiência postula um tipo de intervenção qualitativamente diverso. Não se pode identificar o insuficiente desenvolvimento intelectual com a incapacidade que consiste na falta das faculdades de entender e querer (*incapacità naturale: arts. 428 e 2048 Cód.*). Tal figura refere-se mais ao ato individual do que ao estado da pessoa, mesmo porque seria difícil definir o significado geral do saber entender e mais ainda o do saber querer. A falta de aptidão para saber entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de modo que a *incapacità naturale* construída, do ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, pode se traduzir em uma ficção, e de qualquer modo, em uma noção que não responde à efetiva não-idade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para se orientar em alguns setores e não em outros. Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos, nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno do *déficit* psíquico; por outro, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do portador de deficiência de maneira abstrata e, por isso, rígida, propondo estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer.” Perlingieri Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 779/780.

⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 34/36.

⁹ “Os atos de autonomia privada relacionados à esfera existencial da pessoa somente podem ser exercidos pessoalmente, salvo por razões de necessidade, e em benefício direto do incapaz. Deve-se questionar se pode o representante legal autorizar a participação do incapaz em experimentação científica que não lhe traga qualquer benefício direto, se pode autorizar o uso indiscriminado da imagem do incapaz em troca de contraprestação ou se pode autorizar a esterilização do incapaz, por exemplo. Os atos de autonomia privada relacionados à esfera existencial somente podem ser exercidos pessoalmente, salvo por razões de necessidade, em benefício direto do incapaz.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada... , op. cit.*, p. 134/135.

¹⁰ “Assim, para além dos actos correntes ou habituais da vida quotidiana, que são normalmente praticados para satisfazer as necessidades do dia a dia, deverão ser igualmente permitidos outros actos cuja prática pode não

ser habitual ou freqüente mas que não levantam nenhuma dúvida quanto à sua validade quando levados a cabo por uma criança ou adolescente. Deverá, portanto, ser permitida a prática de todos aqueles actos que, pela sua *importância, sejam socialmente considerados ao alcance da capacidade natural de uma criança ou adolescente daquela idade.*” MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 137.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa ..., *op. cit.*, p. 100.

¹³ “Consistia o problema da causa, com efeito, para tal corrente subjetiva, criada à luz do *Code*, exclusivamente, em determinar o fundamento da obrigação contratual, a razão (interna) pela qual ela é contraída. Considerando a vontade dos contratantes como o elemento principal do contrato, a causa constituída, apenas fator de reconhecimento, no plano jurídico, daqueles efeitos buscados pelas partes.” – MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa ..., *op. cit.*, p. 103.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa ..., *op. cit.*, p. 104.

¹⁵ “Aquele que a doutrina tradicional considerava vontade do conteúdo do negócio vem agora reduzida à consciência do significado objetivo da declaração emanada e do específico valor social do comportamento, isto é, de um interesse objetivo, socialmente controlável, considerado digno de tutela pelo ordenamento. Nessa medida, o negócio jurídico pode ser produtivo de efeitos jurídicos somente se e quando avaliado pelo ordenamento como socialmente útil. Se, de fato, todo efeito jurídico é previsto na lei, não sendo suficiente a declaração de vontade para que se produza, a causa do negócio encontra-se na função econômica-social, reconhecida e garantida pelo Direito. A ordem jurídica, afirma-se, aprova e protege a autonomia privada não como representativa de um *capriccio momentaneo*, mas porque apta a perseguir um objetivo interesse voltado a funções sociais merecedoras de tutela.” MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa ..., *op. cit.*, p. 104.

¹⁶ “O teor geral desta cooperação intersubjetiva no Direito das Obrigações decorre de a boa-fé constituir, em sua acepção objetiva, uma *norma de conduta* que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte. Indica, outrossim, um *critério de interpretação* dos negócios jurídicos e uma *norma impositiva de limites* ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos. Em outras palavras, como emanção da confiança no domínio das obrigações, os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam defensiva e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres

específicos.” MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*, v. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

¹⁷ Em tradução livre: “Estas duas categorias correspondem a inaptidões jurídicas, no sentido que não são automáticas e demandam intervenção estatal: pois, na primeira – a menoridade –, a lei decide, por um lado, a idade necessária para exercer plenamente seus direitos, e por outro organiza diretamente um regime de proteção do cidadão muito jovem; na segunda, – aqueles que possuem dificuldades psicológicas –, o tribunal poderá conceder a um maior vulnerável um protetor à sua pessoa e seus bens. (...) A primeira se fixa à idade – ou melhor, a sua insuficiência: uma pessoa muito jovem não tem experiência suficiente para realizar alguns atos. A segunda categoria se explica em razão das dificuldades de ordem psicológica, suscetíveis de afetar a qualidade do consentimento.” LLUELLES, Didier e MOORE, Benoit. *Droit des obligations*. Montréal: Éditions Thémis, 2006, p. 463.

¹⁸ Art. 155. *Le mineur exerce ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi.* – Art. 155. *A minor exercises his civil rights only to the extent provided by law.*

¹⁹ Art. 156. *Le mineur de quatorze ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son employ, ou à l'exercice de son art ou de sa profession.* – Art. 156. *A minor fourteen years of age or over is deemed to be of full age for all acts pertaining to his employment or to the practice of his craft.*

²⁰ Art. 157. *Le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins et usuels.* – Art. 157. *A minor may, within the limits imposed by his age and power of discernment, enter into contracts alone to meet his ordinary and usual needs.*

²¹ Art. 256. *Les regimes de protection du majeur sont établis dans son intérêt; ils sont destinés à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en general, l'exercice de ses droits civils.* – Art. 256. *Protective supervision of a person of full age is established in his interest and is intended to ensure the protection of his person, the administration of his patrimony and, generally, the exercise of his civil rights.*

²² Art. 259. *Dans la choix d'un regime de protection, il est tenu compte du degré d'inaptitude de la personne à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens.* – Art. 259. *In selecting the form of protective supervision, consideration is given to the degree of the person's incapacity to care for himself or administer his property.*

²³ Art. 281. *Le tribunal ouvre une curatelle s'il est établi que l'inaptitude du majeur à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens est totale et*

permanente, et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils. – Art. 281. The court institutes curatorship to a person of full age if it is established that the incapacity of that person to care for himself and to administer his property is total and permanent and that he requires to be represented in the exercise of his civil rights.

Art. 285. Le tribunal ouvre une tutelle s'il est établi que l'inaptitude du majeur à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens est partielle ou temporaire, et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils. Il nomme alors un tuteur à la personne et aux biens ou un tuteur à la personne et aux biens ou un tuteur soit à la personne, soit aux biens. – Art. 285. The court institutes tutorship to a person of full age if it is established that the incapacity of that person to care for himself or to administer his property is partial or temporary and that he requires to be represented in the exercise of his civil rights. The court then appoints a tutor to the person and to property, or a tutor either to the person or to property.

²⁴ *Art. 287. Les règles relatives à l'exercice des droits civils du mineur s'appliquent au majeur en tutelle, compte tenu des adaptations nécessaires. – Art. 287. The rules pertaining to the exercise of the civil rights of a minor apply, adapted as required, to a person of full age under tutorship.*

²⁵ Em tradução livre: “O direito das incapacidades, de certo modo, desempenha um papel auxiliar ao regime dos vícios do consentimento, pois <<a lei presume, de maneira irrefutável, a insuficiência da vontade>> de algumas pessoas que são vulneráveis, em razão de um <<dado natural>> ou circunstancial, que pode ser sua idade ou seu estado psicológico. Se um contratante vulnerável <<mesmo assim conclui um contrato, não precisa demonstrar o vício em seu consentimento, que se encontra, de qualquer modo, estabelecido *ipso jure* estabelecido.>>.” LLUELLES, Didier e MOORE, Benoit. *Droit ...*, p. 451.

²⁶ *Art. 161. L'acte fait seul par le mineur, lorsque la loi ne lui permet pas d'agir seul ou représenté, est nul de nullité absolue. – Art. 161. An act performed alone by a minor where the law does not allow him to act alone or through a representative is absolutely null.*

Art. 162. L'acte accompli par le tuteur sans l'autorization du tribunal, alors que celle-ci est requise par la nature de l'acte, peut être annulé à la demande du mineur, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il a subi un préjudice. – Art. 162. An act performed by the tutor without the authorization of the court although the nature of the act requires it may be annulled on the application of the minor, without any requirement to prove that he has suffered damage.

Art. 163. *L'acte fait seul par le mineur ou fait par le tuteur sans l'autorisation du conseil de tutelle, alors que celle-ci est requise par la nature de l'acte, ne peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites, à la demande du mineur, que s'il en subit un préjudice.* – Art. 163. *An act performed alone by a minor or his tutor without the authorization of the tutorship council although the nature of the act requires it may not be annulled or the obligations arising from it reduced, on the application of the minor, unless he suffers damage therefrom.*

²⁷ Em tradução livre: “Por vezes, a inaptidão se revela insuficiente a colocar em discussão o contrato ou seu conteúdo: a prova que o incapaz sofreu uma lesão será realmente indispensável. Em certos casos, esta exigência suplementar é expressa: é a situação dos menores não emancipados, na maioria das hipóteses (art. 163), com algumas exceções; (...) É o prejuízo que resulta do ato que, finalmente, interessa ao direito, e não a menoridade de per si; a menoridade – com suas inerentes vulnerabilidade e inexperiência – é apenas a causa deste prejuízo. O que a lei busca verdadeiramente, é a proteção do menor, e não criar uma insegurança, e ao final, um prêmio à modificação da vontade e ao capricho.” LLUELLES, Didier e MOORE, Benoit. *Droit ...*, p. 460 e 464.

²⁸ Art. 283. *L'acte fait seul par le majeur en curatelle peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites, sans qu'il soit nécessaire d'établir un préjudice.* – Art. 283. *An act performed alone by a person of full age under curatorship may be declared null or the obligations resulting from it reduced, without any requirement to prove damage.*

²⁹ Art. 294. *L'acte fait seul par le majeur, alors que l'intervention de son conseiller était requise, ne peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites que si le majeur en subit un préjudice.* – Art. 294. *Acts performed alone by a person of full age for which the intervention of his adviser was required may be annulled or the obligations resulting from them reduced only if the person of full age suffers prejudice therefrom.*

Referências

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *O exercício dos direitos dos incapazes: uma leitura a partir dos princípios constitucionais*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, Saraiva, 2003, v. 1.

LLUELLES, Didier e MOORE, Benoit. *Droit des obligations*. Montréal: Éditions Thémis, 2006, p. 463.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e poder parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O negócio jurídico e suas modalidades (in) A Parte Geral do Novo Código Civil*, TEPEDINO, Gustavo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em direito*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil (in) A parte geral do novo Código Civil*, TEPEDINO, Gustavo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DA RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA INFORMAÇÃO COM ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

DENISE HAMMERSCHMIDT*

Juíza de Direito Substituta em 2º Grau do Tribunal de Justiça do
Estado do Paraná

AMANDA REIS**

Advogada

RESUMO

Este artigo apresenta considerações a respeito da relação entre os princípios da precaução e da informação com os alimentos transgênicos. Tem como finalidade esclarecer os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à implementação dos alimentos transgênicos. Deste modo, serão apresentados conceitos e definições tanto dos termos gerais quanto aqueles específicos. Além disso, indica o papel do consumidor como primordial no sentido de optar pela compra de produto transgênico ou não, bem como a legislação consumerista que visa proteger os seus interesses, impondo a fiscalização estatal. Igualmente define o dever do produtor e do fornecedor em prestar clara, precisa e expressamente em sua embalagem todas as informações inerentes àquele produto. Por fim, trata da rotulagem que impõe a informação aos consumidores de que seja um organismo geneticamente modificado.

*** Outras qualificações das autoras**

Denise: mestre em Direito Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, e Criminologia e Sociologia Jurídico Penal pela Universidade de Barcelona (UB).

Amanda: bacharel em Direito pela Universidade do Norte do Paraná. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

1. Introdução

Os avanços biotecnológicos no campo da agricultura, com a consequente modernização de métodos e técnicas que aumentaram a produção e provocaram um melhor aproveitamento de produção por área, quantidade e qualidade do produto, decorrentes “da intensa mecanização e da utilização maciça de fertilizantes, herbicidas e outros insumos” (GASPARINI, 2009, p. 92), inovaram o meio alimentício com as transformações geradas pelos organismos geneticamente modificados (OGMs), causando polêmica.

De um lado estão as empresas transnacionais, que buscam o lucro imediato com a comercialização destes produtos, bem como com o pagamento a ser realizado pelos agricultores a título de *royalties*, tendo como base os países que produzem e comercializam os alimentos transgênicos, especialmente os Estados Unidos.

Os defensores da liberação dos alimentos transgênicos alegam que são “economicamente mais rentáveis, mais resistentes às pragas e qualitativamente superiores”. Além disso, seriam os instrumentos de solução para a fome mundial em decorrência do crescente aumento populacional e também pela insuficiência dos recursos naturais (DALVI, 2008, p. 121).

De outro lado estão as organizações não governamentais (ONGs), algumas empresas do ramo alimentício, os governos europeus e demais departamentos sociais, que visam a proteção dos consumidores ao defenderem que não há nenhuma comprovação dos riscos iminentes do uso de alimentos transgênicos na população quanto os seus possíveis efeitos no meio ambiente. Estes sustentam a proibição da comercialização dos produtos transgênicos, fundados nos princípios da precaução e da informação (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 26).

Há ainda quem conteste os argumentos de defesa das organizações não governamentais por considerarem que, como são financiadas na maioria das vezes por países desenvolvidos, também não teriam a pretensa isenção alegada, pois, segundo esse pensamento, a função dessas organizações seria precipuamente de obstar o desenvolvimento dos países outrora denominados ‘subdesenvolvidos’ (CARRASCO, 2003, p. 301-16).

Nesse sentido, o escopo deste artigo reside em uma análise da relação entre os princípios da precaução e da informação com os alimentos transgênicos, com o intuito de apresentar as considerações a respeito da proteção ambiental fundada no âmbito consumerista.

2. Princípio da precaução

2.1. Conceito geral de princípios

Essencialmente insta assinalar o conceito geral da palavra princípios que se traduz em “diretrizes e/ou nortes do ordenamento jurídico”, consoante as lições de Roque Antonio Carrazza, sendo que: “Etimologicamente, o termo ‘princípio’ (do latim *principium, principii*) encerra a ideia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer” (2006, p. 36).

Neste mesmo sentido:

“A palavra princípio, em sua raiz latina última, significa ‘aquilo que se toma primeiro’ (primum capere), designando o início, começo, ponto de partida. Princípios de uma ciência, segundo José Cretella Júnior, ‘são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes’” (MIRALÉ, 2000 apud CRETELLA JUNIOR, José, p. 111).

Ainda, convém mencionar o conceito de princípio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (1994, p. 450-51).

Portanto, princípio é o início, “começo, alicerce, ponto de partida” que tem como finalidade servir como fundamento às novas leis (GRANZIERA; DALLARI, 2005, p. 609), bem como dizem respeito à “compreensão ou demonstração de qualquer sistema”, pois têm como escopo primordial serem considerados parâmetros de comparação para a validade das leis, não sendo cabível ofendê-los. Além de serem aplicados para integrar lacunas, podem assistir na interpretação das leis (CANOTILHO apud MORATO LEITE, 2000, p. 47).

No tocante à definição de princípio jurídico, Roque Antonio Carrazza elucida que se trata de:

“um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam” (2006, p. 39).

Para o professor Luis Antonio Rizzato Nunes, quanto à função dos princípios:

“Percebe-se, assim, que os princípios exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Por serem normas qualificadas, os princípios dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante” (2009, p. 10).

Logo, a atuação dos princípios reside como norma fundamental, “como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas” (NUNES, 2009, p.11).

Todavia, em razão da magnitude dos princípios como norteadores das demais normas jurídicas, bem como em razão da extensão de princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, a seguir trataremos especificamente dos princípios ambientais e consumeristas imprescindíveis ao presente artigo.

Com relação à aplicação dos princípios ao direito ambiental, apesar da sua interdisciplinaridade, é imperioso salientar a imprescindibilidade de enunciados de princípios próprios a este ramo, com o intuito de assegurar sua autonomia frente aos demais, uma vez que “os princípios guardam a capacidade quando compreendidos como princípios gerais de influenciar a interpretação e a composição de aspectos cinzentos do direito ambiental” (DERANI *apud* REHBENDER, 1997, p. 156).

Não obstante, dentre os inúmeros princípios de direito ambiental, a seguir passa-se a tratar especificamente do *princípio da precaução*, que é considerado como o princípio basilar do direito ambiental por desempenhar, como primordial, baseado na sua finalidade de coibir quaisquer riscos ou ainda danos ambientais (FIORILLO, 2005, p. 26).

O princípio consumerista da informação, será abordado em item posterior.

2.2. Do princípio da precaução

2.2.1. Origem do princípio da precaução

Há certa divergência quanto à origem do princípio da precaução. Insta assinalar em primeiro lugar que o seu surgimento decorreu da Lei sobre Produtos Perigosos para o Homem e para o Meio Ambiente, da Suécia, aprovada em 1973. Diante da elucidação de sua amplitude legislativa, destaca-se a Declaração de Wingspread, da

Alemanha, desde a década de 70, ao inserir o princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) juntamente com os princípios da cooperação e do poluidor-pagador (DERANI, 1997, p. 165) para coibir os prejuízos ambientais decorrentes das chuvas ácidas nas suas florestas coníferas (KOURILSKY; VINEY, 2000, p. 15).

Por sua vez, o princípio da precaução é considerado como princípio que direciona e norteia as medidas ambientais a serem adotadas quando houver eventuais prejuízos ambientais irreversíveis (MACHADO, 2000, p. 47).

Dentre os documentos que regem o princípio da precaução, destaca-se a Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, da Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento, ao expressamente consagrá-lo no Princípio 15. Posteriormente, após a sua divulgação, o princípio da precaução foi inserido em inúmeros documentos referentes à proteção do meio ambiente.

2.2.2. Natureza do princípio da precaução

O princípio da precaução é considerado tão relativamente moderno que ainda não possui um conceito amplamente aceito e consagrado como princípio legal. No entanto, pelas considerações de Frestone e Hey (2004, p. 212), “a falta de definição legal não é um obstáculo insuperável para a emergência de um princípio legal”.

Entretanto, é imperioso destacar que tal ausência de conceituação refere-se, especialmente, à palavra precaução que se traduz em um termo vago, amplo e subjetivo de origem latina (*precautio-onis*) que expressa o significado de “medida antecipada que visa prevenir um mal”, cautela e/ou cuidado (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2004).

De igual modo, ainda, pode-se referir ao termo precaução como “substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis” (MILARÉ *apud* MIRRA, 2000, p. 62).

Igualmente, não pode passar incólume que o princípio da precaução é pautado pelo obstáculo de relacionar o nexo de causalidade entre o eventual dano e sua causa, haja vista a mera presunção fundada em indícios precários. Logo,

“o princípio da precaução sempre assumiu posição central na orientação dos procedimentos destinados a promover a formulação e a implementação de medidas de política ambiental. Segundo esse princípio, os atores que interferem em tais procedimentos devem

buscar a completa eliminação das ameaças de degradação do meio ambiente. Em particular, o princípio exige do Poder Público e dos agentes econômicos que atuem aquém de uma faixa de constituição do perigo de dano aos bens, recursos e valores socioambientais” (NARDY, 2003, p. 173).

Todavia, a imperiosidade da aplicação do princípio de precaução tem como escopo adotar meios acauteladores em face de possíveis lesões graves para proteger o meio ambiente, quando persistirem sérios riscos ambientais, inclusive em casos de incertezas científicas quanto à sua possibilidade de eventual acontecimento.

O princípio da precaução deve ser estritamente baseado no exame cauteloso e rigoroso da possibilidade de prevenção de eventuais danos ambientais tendo em vista a ausência de certeza nos avanços tecnológicos e quais seriam os seus principais prejuízos à humanidade. Enquanto que pela ótica do Código de Defesa do Consumidor:

“A prevenção ao dano material ou moral significa que está garantido ao consumidor o direito de ir ao juízo requerer medidas cautelares com pedido de liminar a fim de evitá-lo. E, dando especificidade a essa garantia, a lei n. 8.078 firmou regras processuais importantes nos arts. 83 e 84” (NUNES, 2009, p. 143).

Consequentemente, diante da desinformação desse iminente dano, é legitimada a cautela devida e imediata até que os avanços tecnológicos comprovem o contrário (MACHADO, 2004, p. 58).

Assim, o princípio de precaução é tratado como norteador em razão do seu caráter de impedir que sérios, eventuais e possíveis riscos decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos acarretem qualquer espécie de graves danos, pois:

“(...) princípio da precaução, que expressa extrema prudência, mas cuja definição e aplicação tem gerado polêmicas. Trata-se de um princípio de gerenciamento de risco, originado na área de segurança ambiental e que extrapolou esse domínio. Foi estabelecido para prevenir riscos ao meio ambiente e para impedir que prossigam contaminações específicas, sem esperar por evidências conclusivas sobre os efeitos ambientais adversos. Ou seja: o princípio da precaução permitia agir ainda que houvesse incerteza sobre evidências, desde que o prejuízo fosse sério e irreversível e quando uma avaliação de risco fosse impossível” (LAJOLO; NUTTI, 2003, p. 33-4).

O princípio de precaução refere-se ao cuidado para banir e coibir riscos e perigos para assegurar futuramente a humanidade

e o meio ambiente, através dos avanços tecnológicos pautados em sustentabilidade, haja vista que:

“Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir dessa premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. O alcance deste princípio depende substancialmente da forma e da extensão da cautela econômica, correspondente a sua realização. Especificamente, naquilo concernente às disposições relativas ao grau de exigência para implementação de melhor tecnologia e ao tratamento corretivo da atividade inicialmente poluidora” (DERANI, 1997, p. 167).

Portanto, quando houver possibilidade de eventual dano de impacto ambiental, o princípio da precaução preconiza a cautela devida para evitar que nesta situação ocorram riscos ao meio ambiente.

No âmbito brasileiro, é obrigatória a apresentação de *estudo de impacto ambiental* através de *relatório de impacto ambiental* elaborado com o intuito de analisar a eventualidade de possíveis lesões ao meio ambiente, bem como de expor a adoção de medidas de segurança ou ainda proibições para a proteção do meio ambiente em antecipar a ocorrência de prejuízos, preconizando a plena eficácia ambiental, não necessitando aguardar o seu acontecimento para posteriormente aplicar sanções (RODRIGUES, 2002, p. 148).

Aliás, a finalidade do princípio de precaução não é obstar o avanço tecnológico com restrição ou exclusão deste; ao contrário, almeja exclusivamente proteção do meio ambiente combinada com sua sustentabilidade para próximas gerações, sendo como obrigatoriedade de exigência estatal ao garantir a preservação ambiental em face dos recentes avanços tecnológicos.

O princípio da precaução não deve apenas coibir eventos prejudiciais futuros como também serve no sentido de “atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo” (MACHADO, 2001, p. 57). Neste mesmo sentido:

“Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental

das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade ” (DERANI, 1997, p. 167).

Consequentemente, o princípio da precaução não pode ser considerado mero refúgio aos detrimientos ambientais decorrentes dos avanços tecnológicos introduzidos pelos transgênicos, devendo ser pautado como responsável pela preservação da humanidade e também para obter melhoria das condições sociais.

Finalmente, o princípio da precaução tem como primordial função o questionamento dos escopos capitalistas, em especial das empresas que pretendem obter lucro exacerbado com os *royalties* do comércio de produtos transgênicos, para coibir os danos e riscos eventuais decorrentes do desenfreado consumismo que ocorreriam em detrimento da preservação ambiental, bem como em descompasso com o desenvolvimento sustentável.

É imprescindível
agregar
responsabilidade
ética ao
crescimento e
desenvolvimento
da agricultura

2.2.3. Características do princípio da precaução

O princípio da precaução possui as características que serão tratadas a seguir: incerteza científica decorrente da possibilidade de graves prejuízos eventuais ou irreversíveis; temporariedade; estrito cumprimento obrigatório do princípio da precaução; atuação estatal proporcionalmente; e a distribuição do ônus da prova. Para a sua constatação basta a existência de possível ameaça de eventuais graves prejuízos ou mesmo irreversíveis. Assim, as medidas a serem adotadas correlacionam-se com a proporcionalidade do evento danoso, inclusive, mensurando a impossibilidade de retroagir.

Logo, para auferir o nível de gravidade, muitos países adotam a elaboração de *laudo de estudo de impacto ambiental*; não há que se falar em qualquer conflito à conceituação de gravidade (WOLD, 2003, p. 19).

Em decorrência do avanço científico desenfreado e da sua conseqüente incerteza, tornou-se imprescindível assegurar ao meio ambiente medidas capazes de coibir e evitar possíveis danos, pois a incerteza científica acarreta dúvidas fundadas em argumentos plausíveis, não devendo ser excluída a devida cautela (MACHADO, 2004, p. 55-6).

No caso, para conferir o nível de prejuízo e de incerteza científica, deve-se atentar para o fato de que quanto maior a gravidade, menor a probabilidade de incerteza científica (WOLD, 2003, p. 19).

Como se trata de possíveis danos irreversíveis, não se pode permitir a inércia ou omissão de tais danos, fundamentados na análise de probabilidade de incertezas científicas, para a adoção de medidas garantidoras, ao oportunizar o seu controle, além de coibir a destruição do meio ambiente (MIRRA, 2000, p. 67-8).

Uma das principais características do princípio da precaução é propiciar às futuras gerações uma melhor qualidade de vida, em consonância com um meio ambiente equilibrado. Desse modo, o princípio da precaução reside no fato de procurar atuar previamente à ocorrência do prejuízo ambiental ao adotar medidas com a devida cautela, ao visar os benefícios decorrentes de tais medidas futuramente.

No tocante ao estrito cumprimento obrigatório do princípio da precaução, ressalta-se a universalidade imperativa dessa imposição uma vez que não é plausível a delimitação e separação do meio ambiente aos países, pois qualquer prejuízo ambiental acarreta efeitos mundiais. Portanto, todas as medidas de cautela a serem adotadas também devem ter seu estrito cumprimento em sede mundial.

Em conformidade com o Princípio 15, da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, todas as medidas de cautela devem ser fundadas na eficácia e na viabilidade econômica, sendo cabível aos Estados uma imposição proporcional ao referente prejuízo como meio de impedir sua ocorrência. Tais medidas dependem do contexto econômico e social no qual cada Estado esteja incluído, podendo se destacar recentes decisões de diversos Estados que já aplicam o princípio da precaução (WOLD, 2003, p. 20).

Pelo princípio da precaução, distribui-se o ônus probatório sendo cabível àquele que tem interesse na realização de empreendimento comprovar a inexistência de prejuízos ambientais. Neste caso, não é o instituto de inversão do ônus da prova visto que se trata de condição anterior à realização do fato como requisito prévio. Essa distribuição do ônus probatório é referente às medidas garantidoras em benefício

social de toda coletividade pela incerteza científica da ausência de eventuais danos (MILARÉ, 2000, p. 61-2).

De acordo com o disposto no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, é cabível ao poluidor indenizar ou reparar os danos ambientais decorrentes de sua atividade, baseado na responsabilidade civil objetiva.

Não obstante, é imperioso destacar que, pelo contexto mundial, as medidas ambientais dependem do exame das condições sociais, econômicas e científicas de cada país para mensurar o nível de possíveis prejuízos ao meio ambiente. Logo, países em condições precárias não estarão desobrigados de impor medidas de cautela, pois todo Estado é responsável pela adoção dessas medidas garantidoras em prol da coletividade. Aliás:

“é verdade que se utilize da incapacidade econômica para que se postergue ou mesmo não se lance mão de medidas orientadas à prevenção da ameaça de agressividade ao patrimônio ambiental. É no custo ambiental da medida que será sim, indispensável, a vinculação à capacidade econômica estatal que será obrigatoriamente discriminada e diferenciada em atenção a maior ou menor possibilidade de emprego da tecnologia adequada” (AYALA, 2000, p. 73).

Conforme asseverado acima, os empreendimentos decorrentes de avanços tecnológicos e científicos devem ser fundamentados na preservação ambiental e em sua própria sustentabilidade.

2.2.4. Diferenças entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção

Em decorrência do exposto, faz-se imprescindível apresentar considerações a respeito das diferenças entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção. A maioria da doutrina entende não haver diferenciação entres esses dois princípios, haja vista que as palavras precaução e prevenção na língua brasileira são sinônimos, conquanto essas palavras sejam originárias da Alemanha e da Inglaterra. Além disso, não traduzem corretamente estes termos, pois:

“os juristas alemães tendem a considerar que os princípios de prevenção e de precaução não formam mais do que um grande princípio, enquanto a Escola anglo-saxônica prefere fazer a distinção entre os dois” (KRÄMER apud VARELLA; PLATIAU, 2002, p. 1590).

Neste sentido, conforme Dicionário Aurélio *online* (disponível: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 13 ago. 2010):

“Significado de Prevenção – s.f. Opinião formada sem exame; parcialidade. / Ato ou efeito de prevenir.

Significado de Prevenção – s.f. Cautela antecipada, prevenção. / Cuidado, prudência.” (destacou-se)

Paulo Affonso Leme Machado diferencia os princípios da precaução e da prevenção quanto à certeza dos riscos sendo que o princípio da prevenção impescinde do conhecimento mediante pesquisa (2004, p. 74), ao passo que o princípio da precaução possui um

“significado mais específico, querendo fornecer indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos sob o plano científico” (MACHADO, 2004, p. 59).

De igual modo:

“Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução” (MACHADO, 2002, p. 62).

O princípio da prevenção pode ser conceituado como a “prioridade que deve ser dada à medida que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade” (MIRALÉ, 2000, p. 118).

Assim, parte-se da premissa de que no princípio da prevenção não se almeja impedir a realização do empreendimento, somente requer que o mesmo seja adequado tanto à sua função quanto à proteção do meio ambiente, pois tem como finalidade precípua equilibrar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental (ANTUNES, 1999, p. 28).

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a palavra ‘efetivo’ relaciona-se primeiramente com prevenção para posteriormente relacionar-se à reparação do dano causado com o intuito de “manter estável, permanente, fixo, o patrimônio do consumidor” (NUNES, 2009, p. 142). De acordo com as lições de Luis Antonio Rizzato Nunes:

“Acertadamente, a norma deixou consignado que a prevenção e a reparação dos danos não dizem respeito apenas aos direitos dos consumidores individuais, mas também aos coletivos e difusos, ao que, por necessária ligação, é de se referir a garantia aos direitos individuais homogêneos” (2009, p. 143).

Não obstante convém destacar ainda que, devido à generalidade do termo prevenção, o princípio da precaução também estaria inserido naquele, em contraposição à sua definição mais característica; outros entendem que o princípio da prevenção seria precedente ao princípio da precaução (MILARÉ, 2000, p. 119).

Igualmente, alguns doutrinadores disciplinam que o princípio da prevenção seria uma forma de implementação do princípio da precaução (FELDMANN, outubro de 1998, p. 61).

Finalmente, salienta-se que o princípio da precaução reside no perigo abstrato, provável, incerto, que poderá eventualmente ocorrer, bastando mera verossimilhança; já o princípio da prevenção diz respeito ao perigo efetivo, concreto. Deste modo, ambos os princípios têm como escopo primordial a preservação do meio ambiente, portanto, sendo caracterizada a sua integralidade.

2.3. Do princípio da informação

2.3.1. Do Código de Defesa do Consumidor

Em primeiro lugar, é necessária uma breve síntese do direito do consumidor antes de adentrar no princípio da informação. O Código de Defesa do Consumidor é “um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro”, pois é um “subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro”, bem como se refere à primeira “lei principiológica” inovadora a esse sistema. Por “lei principiológica” entende-se aquela norma que terá incidência em “toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional” (NUNES, 2009, p. 65-6).

A partir da vigência da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, as relações consumeristas entre produtores, fornecedores e consumidores sofreram transformações profundas, principalmente no que se refere à “garantia do direito à informação do consumidor quanto aos atributos de qualidade do produto consumido” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 58).

A Lei 8.078/90 é fundamentada na imposição constitucional de criação nos termos do art. 48 do ADCT/CF (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), “que prevalece sobre os demais”, “sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar” (NUNES, 2009, p. 65).

Neste sentido, “a Lei 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, ela é prevalente sobre todas

as demais normas anteriores, ainda que especiais, que com ela colidirem” (NUNES, 2009, p. 70).

A principal função do Código de Defesa do Consumidor diz respeito à concretização dos princípios fundamentais constitucionais, conforme previsão em seu artigo 1º; aliás, o artigo 4º da CF dispõe assegurar o direito à dignidade, à saúde, à segurança, à proteção dos interesses econômicos e à melhoria da qualidade de vida (NUNES, 2009, p. 67).

Por conseguinte, de acordo com artigo 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, tem como função “para assegurar expressamente a sadia qualidade de vida com saúde do consumidor e sua segurança” (NUNES, 2009, p. 128).

2.3.2. Do princípio da informação

O direito de informação, pela Constituição Federal, é dividido em três modalidades: direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. O direito *de informar*, consoante o disposto nos artigos 5º, IX, e 220, *caput*, se traduz na “prerrogativa constitucional (uma permissão) concedida às pessoas físicas e jurídicas” para se expressar, independentemente de censura ou licença, atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Convém ainda esclarecer que este direito não é absoluto, sendo delimitado pela intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, além de assegurar a indenização por dano moral quando violadas, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal (NUNES, 2009, p. 49-50).

Não obstante, o direito *de informar* no âmbito jornalístico é o “direito de receber informação jornalística”, o qual será delimitado e pautado no interesse público, tendo como limites aqueles determinados no artigo 220, § 1º, da Constituição Federal (NUNES, 2009, p. 50).

O direito de *se informar* é “uma prerrogativa concedida às pessoas” correlacionado ao acesso da informação existente, sendo resguardado o sigilo profissional previsto no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal. Em caso de negativa de acesso à informação, deve-se promover *habeas data*, consoante dispõe o artigo 5º, LXXII, da Constituição Federal (NUNES, 2009, p. 51).

O *princípio do dever de informar* é princípio fundamental da lei consumerista, previsto no artigo 6º, III, no Código de Defesa do Consumidor, que conjuntamente com o *princípio da transparência*

refere-se à “obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos” e de “apresentar previamente o conteúdo do contrato”, nos termos dos artigos 4º, *caput*, e 46, todos do mesmo diploma legal (NUNES, 2009, p. 129).

Logo, é um dever exigido do fornecedor informar, clara e precisamente, sem qualquer omissão ou mesmo falha, todas as “características, qualidades, riscos, preços” entre outros, ressaltando-se que o consumidor deve ser informado “mesmo antes do início de qualquer relação” (NUNES, 2009, p. 136).

O direito de *ser informado* decorre “do dever que alguém tem de informar”; esse dever de informar diz respeito às repartições públicas e ao fornecedor no âmbito consumerista (NUNES, 2009, p. 52).

Com relação à informação insuficiente que acarrete eventuais danos:

“Outro aspecto de relevo a ser destacado é o relativo à informação. Já o dissemos, informação é o elemento inerente ao produto e (ao serviço). Dessa maneira, o consumidor pode sofrer dano por defeito não necessariamente do produto, mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe ou, ainda, pela falta de informação” (NUNES, 2009, p. 276).

O referido professor ainda conclui que:

“Tanto nesse caso como no caso do produto (caput do art. 12), a lei não menciona a falta de informação, mas ela decorre logicamente das duas outras hipóteses. Se a informação insuficiente pode causar dano, sua ausência total, por mais força da razão, também” (NUNES, 2009, p. 305).

Entretanto, o princípio da informação diz respeito a “qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal, gestual, etc. que chegue ao consumidor” (NUNES, 2009, p. 415), ressaltando que as informações técnicas e científicas devem pautar-se pela nomenclatura adotada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) (NUNES, 2009, p. 456).

O princípio da
precaução é
considerado tão
relativamente
moderno que
ainda não possui
um conceito
amplamente aceito
e consagrado como
princípio legal

3. Dos alimentos transgênicos

3.1. Do conceito de transgênicos

Antes de tratar especificamente do tópico de alimentos transgênicos, é primordial definir transgênicos. Transgênicos são “a inserção, no genoma de uma planta, de uma ou mais sequências, de mais de uma espécie, especialmente arranjadas, com o intuito de garantir a expressão gênica de um ou mais genes de interesse” (NODARI; GUERRA *apud* DALVI, 2008, p. 123).

O doutrinador Bruno Gasparini disciplina que:

“Os transgênicos, denominados pela lei brasileira (Lei 8.974/95) de organismos geneticamente modificados (OGMs), são fruto da experiência recente da engenharia genética, que foi capaz de descobrir e desenvolver novas formas de utilização para este ramo do desenvolvimento tecnológico a partir do mapeamento e sequenciamento das moléculas de ADN/ARN recombinante, no início da década de 90, o que culminou no desenvolvimento de uma técnica denominada transgenia, inserida no campo das biotecnologias. Salienta-se, porém, o advento e utilização de uma nova tecnologia traz inúmeros questionamentos e reflexões” (GASPARINI, 2009, p. 17).

Os alimentos transgênicos estão inseridos nas seguintes legislações: Lei 8.245/95, que trata de forma genérica, Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) e o Decreto 5.591/05.

Ainda não há comprovação de que os alimentos transgênicos sejam prejudiciais à saúde humana e conseqüentemente de quais seriam esses prejuízos, sendo dever do produtor informar se determinado alimento encontra-se geneticamente modificado, com fundamento nos princípios basilares da precaução e da informação (DALVI, 2008, p. 126-7).

A fiscalização de atividades de alimentos transgênicos é de competência da Comissão Técnica Nacional de Biotecnologia (CTNBio), vinculada aos ministérios da Saúde, Agricultura e Meio Ambiente, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 11.105/05 (DALVI, 2008, p. 128-9).

Com relação a alimentos transgênicos, cita-se o exemplo do arroz alemão rico em vitamina A:

“A ideia dos alimentos geneticamente modificados é incluir também mais proteínas e reduzir certas substâncias que prejudicam a

saúde humana. Os alemães tem em sua mesa a possibilidade de comer um arroz (Golden Rice) geneticamente modificado, com alto teor de Betacaroteno, o qual se converterá em vitamina A no organismo. Esse arroz é bastante indicado para o combate à cegueira” (DALVI, 2008, p. 122).

São incertos ainda os eventuais riscos para a saúde e segurança alimentar, porém destacam-se os prejuízos possíveis baseados nos efeitos de alteração do metabolismo, de efeitos alergênicos, de afetar ecossistemas com possíveis mutações em insetos e plantas, com a disseminação para outras áreas livres de transgênicos (HAMMERSCHMIDT, 2006, p. 56):

“Ainda não existem métodos apropriados para avaliar com profundidade os efeitos dos transgênicos na saúde do consumidor. Algumas pesquisas preliminares indicam que os alimentos transgênicos apresentam riscos para a saúde humana (há indícios de problemas gastrointestinais, alergias até transferência horizontal de genes – fenômenos de conseqüências imprevisíveis)” (LONDRES apud DALVI, 2008, p. 135).

Nos casos de alergias por alimentos transgênicos, notam-se dois fatores importantes de causas: quando o consumidor ingere alimentos transgênicos pela “introdução de alérgenos ou pela modificação do nível ou da natureza de alérgenos intrínsecos” (GASPARINI, 2009, p. 162), ressaltando que alergias não decorrem única e exclusivamente de alimentos transgênicos, tendo em vista que “o potencial de alergenicidade pode ser verificado em diversas espécies, inclusive convencionais, pois os produtos naturais também contêm toxinas, substâncias antinutricionais e compostos alergênicos” (GASPARINI, 2009, p. 163).

Além disso, os avanços biotecnológicos decorrentes dos alimentos transgênicos exigem uma devida atenção, com a consequente normatização adequada e a eles aplicável (GASPARINI, 2009, p. 17). Deste modo,

“a segurança alimentar significa assegurar alimentos com os atributos adequados à saúde dos consumidores, implicando alimentos de boa qualidade, livres de contaminações de natureza química, biológica ou física, ou de qualquer outra substância que possa acarretar problemas à saúde da população” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 10).

A segurança alimentar, traduz-se em aplicação em congruência com os anseios ambientais para adotar e impor políticas voltadas “ao conhecimento, à conservação e ao controle público do acesso à biodiversidade” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 13).

4. Da relação do princípio da precaução nos alimentos transgênicos

De um modo geral, há dois polos de argumentação com relação aos alimentos transgênicos. Os seus defensores argumentam que, em decorrência do crescimento da população e da escassez de recursos naturais, há a obrigatoriedade da “modernização tecnológica da agricultura”, tendo como base os fundamentos da “Revolução Verde”. Em contraposição, aqueles que criticam asseveram que a fome da população reside “na pobreza, na desigualdade e na falta de acesso à terra e aos alimentos” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 23-4). Em razão dessas divergências:

“percebe-se que a polêmica gerada pela adoção de uma nova tecnologia é perfeitamente explicável, pois esta sempre vai suscitar alguns aspectos favoráveis e outros desfavoráveis, a oposição entre o interesse privado e o interesse coletivo, a boa ou a má utilização da técnica, os embates éticos e morais. O debate é intrínseco à revolução tecnológica. As benesses da ciência sempre estão muito próximas de suas conseqüências, a ‘liberdade’ que esta proporciona, sempre sujeita a determinados interesses” (GASPARINI, 2009, p. 38).

Os alimentos transgênicos deverão ser pautados pelos princípios da precaução e da informação para resguardar a saúde humana e segurança alimentar ao impor a realização de pesquisas contundentes; as informações devem ser claras e expressas para que os consumidores tenham o direito de escolha. De igual modo, o Estado deve ser “vigilante, eficiente e eficaz no seu papel de assegurado da vida da população” (DALVI, 2008, p. 137).

Atualmente, é imprescindível agregar responsabilidade ética ao crescimento e desenvolvimento da agricultura, uma vez que é inegável a utilização de sementes transgênicas, em razão do desconhecimento das conseqüências dos organismos geneticamente modificados à saúde humana, da perda da biodiversidade, da crescente utilização de agrotóxicos, riscos à segurança alimentar e da insuficiência de estudos que afastem a existência de alergias, do aumento da resistência a antibióticos e do surgimento de superpragas (DALVI, 2008, p. 136).

De igual modo, aponta-se as questões de relevância econômica dos alimentos transgênicos, pois a ciência econômica tradicional é insuficiente “para atestar a viabilidade econômica e as supostas vantagens mercadológicas da utilização dos OGMs, propondo-se a incorporação dos conceitos da economia ecológica para que a análise seja mais próxima da realidade vigente” (GASPARINI, 2009, p. 20).

Por sua vez, a questão geopolítica é um dos essenciais fatores de discussão quanto à problemática envolvendo os alimentos transgênicos haja vista que:

“A diversidade genética não se distribui homogeneamente em termos geográficos, já que se concentra, na maior parte, em áreas tropicais, situadas nos países pobres e em desenvolvimento. Além disso, a maior parte do desenvolvimento científico e tecnológico em biotecnologias é conduzida nos países industrializados, sedes também de grandes firmas produtoras de sementes melhoras em bases comerciais” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 17-8).

Diante da necessidade de uma normatização específica e contundente para os alimentos transgênicos, assevera-se que:

“a normatização da biotecnologia/biossegurança no país ainda está sendo implementada a passos lentos e confusos, permeados por interesses transnacionais que colidem com a tutela da coletividade e do meio ambiente, além de não se coadunarem com o interesse público. Ademais, são encontrados posicionamentos divergentes dentro do próprio governo acerca da questão” (GASPARINI, 2009, p. 27).

É importante destacar o papel da legislação de proteção consumerista que “fortalece o sentido de qualidade do conceito de segurança alimentar e reduz a vulnerabilidade dos consumidores nas relações de compra e venda”, fundamentada “no reconhecimento de seus direitos de garantia e de qualidade sanitária e nutricional e de informação quanto aos atributos intrínsecos dos produtos a serem adquiridos para o consumo” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 11).

O professor Bruno Gasparini, ao citar o advogado Luiz O. Amaral, enfatiza que:

“as inovações biotecnológicas interferem diretamente no microsistema brasileiro de proteção ao consumidor, pois o Código de Defesa do Consumidor exige a atuação do Poder Público, sob pena de responsabilidade, em controlar, fiscalizar e garantir a segurança geral da população, inclusive no aspecto referente às variedades

alimentícias destinadas ao consumo humano. Desta feita, o direito do consumidor exige uma série cautelosa e exaustiva de análises e pesquisas que assegurem, ao menos razoavelmente, o pressuposto elementar de segurança do consumidor. Só a partir desta segurança, é que estas novas variedades poderão atingir o mercado consumidor” (AMARAL apud GASPARINI, 2009, p. 253).

Com relação aos riscos de saúde ou de segurança expressamente previstos nos artigos 8 a 10 do Código de Defesa do Consumidor, deve-se primeiramente alertar que há uma evidente contradição em tais artigos ao dispor sobre essas normais, pois:

“Da leitura dos três artigos percebe-se a contradição exatamente pelo permissivo do art. 9º. O CDC aceita que haja produtos e serviços que sejam potencialmente nocivos. Enquanto que o art. 8º diz que não haverá nocividade (exceto a previsível – que a seguir comentaremos) e o art. 10 proíbe os produtos e alimentos altamente nocivos, o art. 9º permite a venda dos não tão altamente nocivos” (NUNES, 2009, p. 153).

Além disso, considera-se risco normal e previsível aquele que condiz com o uso e funcionamento de rotina do produto, referente ao conhecimento notório e padrão desempenhado, tanto pelo senso comum quanto pelo senso formal. É dever do fornecedor informar correta, clara, precisa e ostensivamente todas as informações inerentes ao produto ou serviço, conforme previsão do artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, o consumidor deverá ser informado “sobre os riscos que não são normais e previsíveis em decorrência da natureza e fruição dos produtos e serviços” (NUNES, 2009, p. 154-5).

Em caso de ausência de informação devida quanto à nocividade e periculosidade do produto, o fornecedor será responsabilizado objetivamente, bem como incorrerá em infração penal prevista no artigo 64 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, adverte-se que:

“Continuando com a nossa exposição, devemos nos atentar para o Código de Defesa do Consumidor que protege o direito à informação (artigo 6º e 8º), assim como o artigo 2º do Decreto 4.680/2003, como também, o artigo 91 do Decreto 5.591/05 e o artigo 40 da Lei de Biossegurança. Todos esses artigos juntos, por não colidirem, constituem proteção especial ao consumidor no seu direito de informação, e mais do que isso, o direito de

escolher por ingerir um alimento geneticamente modificado que poderá causar algumas transformações em sua estrutura” (DALVI, 2008, p. 128).

O Código de Defesa do Consumidor terminantemente proíbe qualquer anúncio que estimule, direta ou indiretamente, “a poluição do ar das águas, das matas, dos demais recursos naturais, bem como do meio ambiente urbano” (art. 36, *a e b*); “a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais” (art. 36, *c*); e “o desperdício de recursos naturais (art. 36, *f*)” (NUNES, 2009, p. 460-1).

Igualmente, proíbe a veiculação de propaganda abusiva, principalmente, quanto ao desrespeito de valores ambientais, nos termos do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (NUNES, 2009, p. 514).

Também determina que, com relação aos anúncios de produtos alimentícios, destaquem-se as seguintes obrigações: dever de cumprimento das normas de licenciamento por autoridades competentes; dever de expressar claramente na embalagem “a qualidade, natureza e tipo de alimento e o emprego de aditivos ou preservativos artificiais, quando for o caso”, bem como de expressar precisamente se o produto é natural ou artificial, na embalagem (NUNES, 2009, p. 476).

No tocante à rotulagem, em conformidade com a disposição prevista no artigo 4º da Portaria 2.658/03, deverá constar um “T” envolvido em um triângulo em todas as embalagens de “alimentos e ingredientes alimentares, destinados ao consumo humano, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados” (DALVI, 2008, p. 128).

O Decreto 4.680/03 estabeleceu que todos os alimentos embalados, a granel ou *in natura*, com mais de 1% (um por cento) de transgênicos “em sua composição, inclusive para alimentos de origem animal alimentados com transgênicos”; devem ter a identificação da espécie doadora do gene”, ressalvando a isenção da rotulagem para os “produtos derivados de animais alimentados com nações produzidas a partir de ingredientes transgênicos”, uma vez que não é prevista a rastreabilidade nesses casos (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 59-60).

Alguns doutrinadores disciplinam que o princípio da prevenção seria uma forma de implementação do princípio da precaução

A normatização da rotulagem tem como escopo monitorar e fortalecer “a segurança alimentar para assegurar a saúde pública, de modo que permita a identificação de eventuais fontes de contaminação alimentar”. Tal finalidade de assegurar está baseada no princípio da informação. Além disso, a rastreabilidade amplia a garantia em face de possíveis fraudes e concorrência desleal (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 42-3), tendo em vista que “a necessidade de se ampliar o debate sobre a utilização OGMs na alimentação humana e animal é urgente e necessária” (GASPARINI, 2009, p. 198).

Nos ensinamentos de Nelson Nery Junior:

“a rotulagem, no caso de alimentos que contenham Organismos Geneticamente Modificados, é o procedimento posterior ao da aprovação do alimento pelos órgãos competentes, principalmente no que tange à biossegurança. Somente depois de aprovada sua produção e/ou comercialização em parecer técnico da CTNBio é que esses alimentos poderiam ser liberados no meio ambiente” (NERY JUNIOR, Nelson apud DALVI, 2008, p. 128).

A rotulagem é imprescindível, pois:

“possibilita ao consumidor a escolha entre produtos com características diferenciadas, mas a confiança dos consumidores nos sistemas de rotulagem exige a capacidade de distinguir os produtos alimentares e a separação dos seus produtos ao logo do sistema produtivo. A separação dos atributos de produtos alimentares dá-se por dois métodos: a segregação e a preservação de identidade” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 87).

Por conseguinte, através da rotulagem, os consumidores pressionam e incentivam os produtores agrícolas a que adotem os sistemas de preservação de identidade, haja vista que “a rotulagem, com a concomitante segregação, rastreabilidade e preservação de identidade, pode auxiliar no fortalecimento de mercados diferenciados para novos produtos e grãos” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 90).

A Lei 8.794/95 (Lei de Biossegurança) normatizou as regras de segurança e procedimentos fiscalizadores para aplicação e utilização de técnicas de engenharia genética que envolvam “cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de OGMs (...) visando proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 52).

A função do Estado resulta da adoção de medidas austeras para preservar e assegurar tratativas com as transnacionais detentoras da tecnologia e dos *royalties* da comercialização dos produtos transgênicos, aproveitando oportunizar os benefícios decorrentes das inovações biotecnológicas dos transgênicos para todos (GASPARINI, 2009, p. 105). Destaca-se a relação dos poderes Executivo e Legislativo com o Poder Judiciário na denominada ‘judicialização’, a saber:

“Em alguns casos, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma erosão de legitimidade e transferem para o Judiciário a deliberação de conflitos que antes se decidiam nas demais arenas políticas. Relativamente, os Poderes Executivo e Legislativo podem estabelecer novos mecanismos de controle judiciário. No Brasil, a ‘judicialização’ do debate em torno dos alimentos geneticamente modificados indica a paulatina constituição de um amplo conflito de interesses envolvendo os setores público e privado e as organizações sociais, bem como uma disputa de autoridade, competência e atribuições na alçada dos poderes federais – Judiciário Legislativo e Executivo, e nas distintas instâncias autônomas de governo – União e estados, sobre a regulação de pesquisa e do desenvolvimento de produtos e processos biotecnológicos no campo alimentar. O que está em jogo é o estabelecimento de limites éticos e legais à possibilidades técnicas e econômicas delineadas pela engenharia genética. Neste aspecto, o caminho escolhido pelo Brasil tem caráter estratégico, inclusive na definição das possibilidades de uma oferta diversificada (transgênicos, não-transgênicos, tradicionais e orgânicos) de produtos alimentares pelo sistema agroalimentar em âmbito mundial” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 112).

O papel do Poder Judiciário é fundamentado na normatização e regulamentação das inovações trazidas pelos alimentos transgênicos, com a prioridade de codificar toda a matéria referente aos alimentos transgênicos,

“codificando suas regras, normas e utilizações e responsabilidades, de maneira a impulsionar uma expansão amparada num ordenamento jurídico seguro e eficaz, com o objetivo de amenizar os riscos de uma apropriação e utilização desordenada da biodiversidade do planeta, cujas conseqüências ainda são desconhecidas. Este será mais um aspecto na composição da crise ambiental, mas sem dúvida, um dos mais preponderantes, pois permeia a problemática dos aspectos locais da relação do ser humano com a natureza, por meio da agricultura que culminam no uso inadequado do solo, na desigualdade do consumo,

na alteração do regime hidrológico, na manutenção da biodiversidade e até mesmo, no crescimento desordenado das cidades” (GASPARINI, 2009, p. 29-30).

O intuito da fiscalização dos alimentos transgênicos pretende a realização de prévio estudo de impacto ambiental para a sua consequente liberação desde que não tenham quaisquer riscos e prejuízos à saúde humana, pois estes poderiam ser irreversíveis. Aliás, não se trata de uma proibição arbitrária, pelo contrário, somente requer certa cautela na liberação para coibir a comercialização de alimentos transgênicos sem análise ou ainda com insuficiência de informações (LEITE; AYALA *apud* DALVI, 2008, p. 129).

A relação do princípio da informação com os alimentos transgênicos é fundamentada:

“Uma das premissas básicas para a inserção dos diversos autores sociais é de que as informações têm que ser amplamente divulgadas, mas com a idoneidade e a verdade necessárias para que a discussão seja profícua e chegue a conclusões relevantes” (GASPARINI, 2009, p. 198).

O princípio da precaução relaciona-se com os alimentos transgênicos no sentido de prevalecer quatro fatores principais, sendo que:

*“(i) a ação preventiva deve ser tomada antes da prova científica da relação causa/efeitos; (ii) o ônus da prova da biossegurança cabe ao proponente da atividade ou empreendimento; (iii) na presença de evidência de dano causado pela atividade, um número razoável de alternativas deve ser considerado; e (iv) para que a tomada de decisão seja precaucionária, ela deve ser aberta, transparente, democrática e ter envolvido a participação das partes afetadas” (NODARI; GUERRA *apud* GASPARINI, 2009, p. 270-1).*

A população tem aumentado consideravelmente o seu interesse nos produtos transgênicos, podendo citar como principais fatores: “o crescimento das populações urbanas consumidoras de produtos industrializados, o crescimento de demandas diferenciadas por produtos e serviços, o aumento da informação disponível sobre a saúde, o meio ambiente e o bem-estar” (OLIVEIRA; THÉBAND-MOY *apud* PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 10).

Isto porque, nos termos do artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, “apenas um consumidor plenamente informado pode bem exercer a liberdade volitiva, o direito de escolha do produto,

que se constitui em pressuposto do ato jurídico de consumo, evidenciando um consumo consciente e refletido” (GASPARINI, 2009, p. 254-5).

O crescente interesse dos consumidores quanto aos alimentos transgênicos decorre da sua renda, do seu grau de escolaridade e a sua idade; também se relaciona com o grau de confiança do produto no momento da escolha de compra pelo consumidor (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 10-1).

Logo, é necessário uma implementação fiscalizadora mais eficiente, pois “pesquisadores consideram que a normatização vigente é insuficiente e a estrutura regulatória atual é inadequada, não transparente e, em alguns casos, completamente ausente, de tal modo que os resultados destes estudos têm aplicabilidade restrigida” (PESSANHA; WILKINSON, 2005, p. 25).

5. Conclusão

Não pode passar incólume ao atento crivo, após as exposições acima a respeito da relação entre os princípios da precaução e da informação com os alimentos transgênicos, de que é inegável o papel relevante de mecanismos de fiscalização para posterior liberação da comercialização de alimentos transgênicos.

Diante das incertezas de eventuais e possíveis riscos e prejuízos, o Estado deve ativamente atuar como coordenador e fiscalizador da produção e comercialização de produtos transgênicos, bem como em prol de defesa da saúde humana baseada na legislação de proteção consumerista.

Por sua vez, alimentos ou ingredientes alimentares que contenham organismos geneticamente modificados devem conter em sua embalagem a letra “T” envolta em um triângulo, para que possam ser identificados pelos consumidores.

Deste modo, é perfeitamente cabível o direito de escolha dos consumidores em optar ou não pela compra de qualquer produto de organismos geneticamente modificados.

Contudo, constata-se a inafastabilidade da presença de produtos transgênicos no mercado, como bem salienta a constante pressão das organizações não governamentais em conjunto com as leis de mercado, nas quais o consumidor, caracterizado pela consolidação da legislação de proteção consumerista, impõe aos fabricantes e aos produtores a sua preferência por alimentos sem modificação genética.

Finalmente, não é possível atingir a certeza absoluta em qualquer alimento uma vez que se trata de meta impossível. Assim, deve-se adotar medidas que busquem assegurar o máximo de proteção alimentar em benefício dos consumidores e, conseqüentemente, do meio ambiente também.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AYALA, Patrick Araújo. In: LEITE, Rubens Moraes (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Bortoux, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARRASCO, Lorenzo. *A máfia verde – O ambientalismo a serviço do governo mundial*. 7. ed. trad.: Yára Nogueira Müller. Rio de Janeiro: Capax Dei, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DALVI, Luciano. *Curso avançado de biodireito – doutrina, legislação e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
Dicionário Aurélio on-line. Disponível: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

FELDMANN, Fábio. Princípios fundamentais do direito do ambiente. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1998, n. 756, p. 61.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. ampl. São Paulo: Saraiva 2005.

FREESTONE, David; HEY, Ellen. Implementando o princípio da precaução: desafios e oportunidades. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GASPARINI, Bruno. *Transgenia na agricultura*. Curitiba: Juruá, 2009.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário e Meio Ambiente. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alair Caffé (Editores). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manole, 2005, p. 607-643.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Transgênicos e direito penal*. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris: Odile Jacob, 2000. p. 15.

LAIJOLO, Franco Maria; NUTTI, Marília Regini. *Transgênicos: bases científicas da sua segurança*. São Paulo: SBAN, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Ob. cit.*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ob. cit.*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRALÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental, *Revista de Direito Ambiental n. 2*, São Paulo: RT, 1996, p. 53.

MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

NARDY, Afrânio. Uma leitura transdisciplinar do princípio da precaução. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESANHA, Lavínia; WILKINSON, John. *Transgênicos, recursos genéticos e segurança alimentar: o que está em jogo nos debates*. Campinas: Armazém do Ipê (Autores Associados), 2005.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. *Biodireito: alimentos transgênicos*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. O princípio da precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças Climáticas. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, ano 2, v. 12, p. 1587-1596, abril.2002.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de Direito Internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e Comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL E A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO

ROGÉRIO RIBAS

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau do Tribunal de Justiça do Paraná

EXCERTOS

“No Brasil a Lei Federal 6.938/81, que instituiu a política nacional do meio ambiente, conceitua meio ambiente como ‘o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas’”

“A noção de meio ambiente é muito ampla, abarcando todos os bens naturais, sociais, artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, a água, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico”

“No direito ambiental, máxime em se cuidando de ação civil pública buscando a reparação de dano ambiental, alguns apontam para a verificação da prescrição com base no prazo de cinco anos por analogia com a Lei da Ação Popular (art. 21, Lei 4.717/65). Outros defendem que o prazo era da lei civil, de 20 anos pelo Código Civil antigo, ou 10 anos pelo Código Civil de 2002 (art. 205)”

“Há de fato uma tendência na jurisprudência em afastar o conteúdo patrimonial típico das relações do direito civil, para, em tema de dano ambiental, se reconhecer que há reflexos na dignidade da pessoa humana, sendo o direito ao meio ambiente saudável um direito fundamental do cidadão”

Introdução

Neste trabalho será abordada a atuação do Poder Judiciário no direito ambiental, com enfoque mais pontual na reparação do dano ambiental e a prescrição dessa pretensão.

Desenvolvimento

No VII Congresso Paranaense de Direito Ambiental, realizado em Curitiba em novembro de 2010 pela Associação Paranaense de Direito Ambiental (APDA), na palestra de abertura, a desembargadora Consuelo Yoshida, do Tribunal Regional Federal da 3a. Região, destacou com propriedade que no ramo do direito ambiental não há necessidade de maior *'ativismo judicial'*, já que é a própria Carta Magna e a lei que fazem o papel de impulsionar os poderes públicos à ação.

Dispõe a Constituição Federal:

“Art. 225. – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nesta linha de pensamento, a interpretação mais coerente dessa norma constitucional sugere que também o Poder Judiciário tenha seu papel ativo em assegurar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja uma realidade ao povo brasileiro.

Aliás, dada a importância do tema ambiental, esta missão do poder público transcende inclusive as fronteiras nacionais, exigindo que todos os países pensem no assunto e adotem medidas eficazes para conter a poluição e a degradação ambiental no planeta, para o bem das futuras gerações.

No Brasil a Lei Federal 6.938/81, que instituiu a política nacional do meio ambiente, conceitua meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Este conceito não abrange todos os bens jurídicos protegidos pelo direito ambiental, ficando restrito apenas ao meio ambiente natural.

A doutrina de José Afonso da Silva¹ vai além, ao distinguir os seguintes aspectos do meio ambiente que merecem proteção:

“1 – meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto);

II – meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou;

III – meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o meio ambiente físico que ocupam.”

Temos, portanto, que a noção de meio ambiente é muito ampla, abarcando todos os bens naturais, sociais, artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, a água, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, até o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico.

Nessa amplitude é que a efetividade do direito ambiental deve ser pensada.

A prescrição na ação civil pública visando reparação de dano ambiental

Este tema ainda é bastante controvertido.

A prescrição é a perda do direito à pretensão pela inércia do titular em não exercê-lo durante o prazo fixado em lei. Tal conceito vem trazido no art. 189 do Código Civil vigente.

No direito ambiental, máxime em se cuidando de ação civil pública buscando a reparação de dano ambiental, alguns apontam para a verificação da prescrição com base no prazo de cinco anos por analogia com a Lei da Ação Popular (art. 21, Lei 4.717/65). Outros defendem que o prazo era da lei civil, de 20 anos pelo Código Civil antigo, ou 10 anos pelo Código Civil de 2002 (art. 205).

Um bom argumento também é aquele no sentido de que o dano ambiental se renova com o tempo, não cabendo discutir prescrição enquanto não cessada a conduta poluidora ou degradante (nesse sentido: TJSP, ACRN 7981665000, j. 25.9.08, rel. Renato Nalini).

A Lei de Ação Civil Pública não prevê nenhum prazo específico para a prescrição quando se trata da tutela de reparação a danos ambientais.

A jurisprudência vem se debatendo sobre o tema.

O TJSP já decidiu várias vezes que o dano ambiental é imprescritível porque se trata de um direito *intergeracional, transindividual e indisponível* (nesse sentido: AI 7752545400, j. 25.9.08, rel. Regina Capistrano²).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) debateu muito e em julgados recentes também vem adotando a tese de imprescritibilidade.

Vale dizer, há de fato uma tendência na jurisprudência em afastar o conteúdo patrimonial típico das relações do direito civil, para, em tema de dano ambiental, se reconhecer que há reflexos na dignidade da pessoa humana, sendo o direito ao meio ambiente saudável um direito fundamental do cidadão.

Em profícuo voto proferido no julgamento do REsp 1120117-AC³, a ministra Eliana Calmon, do STJ, pontuou que: “O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal”.

Disse ainda a ministra: “Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação”.

Por isso, “o dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental”.

Este raciocínio é de grandeza ímpar, pois de fato a regra geral é a prescrição das pretensões reparatórias em determinado prazo; mas, em se tratando de dano ao meio ambiente, mostra-se de todo aplicável a noção de imprescritibilidade por estarmos a falar de um *bem de uso comum do povo* (nesse mesmo sentido: STJ, REsp 650728).

Aplicando raciocínio semelhante, Bittencourt e Marcondes⁴ asseveram que “o reconhecimento do direito do homem ao meio ambiente harmônico e produtivo posicionou-o como bem jurídico fundamental à vida humana. Este *status* o insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, possuindo, contudo, um espectro bem mais amplo, de cunho social e histórico, e não meramente individual. Donde se extrai, como características desse direito, a sua indisponibilidade, oponibilidade a direitos individuais ou coletivos, *bem como a sua imprescritibilidade* e, ainda, a impossibilidade de haver direito adquirido sobre ou contra o meio ambiente”.

O dano ambiental se renova com o tempo, não cabendo discutir prescrição enquanto não cessada a conduta poluidora ou degradante

Nitidamente houve uma grande evolução nesse entendimento, que vem apenas dar a devida importância e valor ao meio ambiente como bem jurídico, atraindo a regra do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a tratar da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao patrimônio público.

Tal entendimento, absolutamente correto, não alcança, contudo, aquelas pretensões meramente individuais de natureza patrimonial, ainda que decorrentes de danos a bens ambientais. Nesses casos a prescrição pode ser invocada, pois não se está a tratar do bem “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, mas, sim, de pretensão reparatória individual comum, ainda que decorrente de evento ambiental. São coisas absolutamente diferentes, pois no primeiro caso se trata de direito difuso de natureza transindividual; e no segundo, de mera pretensão reparatória individual, donde sequer a ação civil pública poderia ser veiculada; por isso não se pode falar em imprescritibilidade.

E neste caso (pretensão reparatória individual de natureza patrimonial decorrente de evento ambiental) o prazo prescricional – a nosso ver – há de ser o decenal genérico do artigo 205 do Código Civil, já que a lei não trouxe um prazo prescricional específico para a espécie.

Contudo, repita-se, se o dano transcende o caráter individual e passa a atingir a qualidade de vida ambiental de forma coletiva, prevalece seu viés de lesão ao meio ambiente em sentido mais amplo, relacionando-se com o direito fundamental e difuso da sociedade em ter um meio ambiente saudável. Daí exsurge que, em tais casos, pode-se dizer que é sem dúvida imprescritível a pretensão reparatória.

Conclusão

O Poder Judiciário brasileiro não pode olvidar seu marcante papel institucional na defesa do meio ambiente saudável.

Um verdadeiro Estado Democrático de Direito deve visar a um desenvolvimento sustentável, orientado de molde a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.

A construção de uma sociedade justa com foco na valorização da pessoa humana é um dos fundamentos da República (CF, art. 3º); e o respeito à natureza como patrimônio de toda a humanidade necessariamente passa pela noção de desenvolvimento sustentável e responsável, sendo dever de todos (inclusive do poder público)

promover ações de preservação ambiental em favor das gerações futuras.

As ações que buscam a reparação de danos ambientais de dimensão coletiva são imprescritíveis por dizerem com um bem de uso comum do povo, de caráter intergeracional, e que reflete um direito fundamental do cidadão. O meio ambiente é o maior patrimônio público de que dispomos, e sua preservação é medida essencial à sadia qualidade de vida do povo brasileiro.

Só cabe falar em prescrição da pretensão reparatória quando o dano ambiental atinge unicamente interesse patrimonial de cunho individual, afastando-se, pois, as regras do direito civil quando se tratar de lesão ao patrimônio ambiental coletivo.

Notas

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 435.

² Cf. CAMARGO Barbosa. *O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais*. In: Revista de Direito Ambiental 2010 – RDA. Doutrina Nacional, p. 141.

³ STJ – RECURSO ESPECIAL, 1120117 / AC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, J: 10/11/ 2009.

⁴ BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. *Lineamentos da responsabilidade civil ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental, n. 3, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 69.

Referências

BARBOSA, Camargo Haroldo. *O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais*. In: Revista de Direito Ambiental 2010 – RDA. Doutrina Nacional, p. 124-49.

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. *Lineamentos da responsabilidade civil ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental, n. 3, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 69.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Processo Civil – Direito Ambiental – Imprescritibilidade da reparação do dano. Recurso Especial, 1120117 / AC. Relatora: Min. Eliana Calmon. Acórdão de 10 de novembro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900740337&dt_publicacao=19/11/2009. Acesso em: 11 nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

OS FUNDOS DE PENSÃO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

JAIME LUIZ VICARI

Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

EXCERTOS

“Foi no final da década de 90 que a previdência privada, de caráter complementar, passou a figurar como uma alternativa para a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro”

“A aplicação indistinta do Código de Defesa do Consumidor a uma e outra entidade de previdência complementar não seja juridicamente acertada, pois a relação existente entre os participantes e as entidades fechadas não se amolda ao conceito de relação de consumo proposto por aquele diploma legal, que reclama figure de um lado um fornecedor e de outro um consumidor”

“É equivocado supor que os fundos de pensão, por operarem em regime de capitalização e serem mobilizadores de vultosa quantidade de recursos, dispõem de elevada capacidade financeira. As reservas acumuladas no regime de capitalização destinam-se a ser consumidas posteriormente. Se mal empregados no presente, faltarão recursos para saldar compromissos previdenciários futuros”

“As entidades fechadas de previdência complementar não oferecem seus planos de benefícios no mercado de consumo, ao público em geral, mas apenas a determinadas coletividades, quais sejam, aos empregados das empresas patrocinadoras ou aos associados das chamadas instituidoras (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial)”

Os sistemas de previdência são um fenômeno relativamente novo. O primeiro plano formal de aposentadoria de que se tem notícia era privado e datava de 1875. Foi instituído pelo hoje pujante grupo financeiro norte-americano *American Express Company*, que na ocasião era uma empresa de transportes. Era um plano privado instituído por iniciativa do empregador e voltado a seus empregados.

Já o primeiro programa público de previdência é ainda mais recente: nasceu em 1880, no império alemão do chanceler Otto Von Bismarck – que embora levasse a alcunha de ‘Chanceler de Ferro’ (*Eiserner Kanzler*), instituiu, de forma pragmática, não só um regime público de previdência, mas um regime de seguro de saúde, doença ou invalidez e uma lei de acidentes de trabalho, bem assim reconheceu a organização de sindicatos.

A propagação desses sistemas previdenciários com a dimensão que hoje conhecemos é fato ainda mais recente. Foi no segundo pós-guerra, com a sedimentação do chamado Estado-Providência (Estado do Bem-Estar Social ou *welfare state*) e o advento dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, que se reconheceu a este sistema protetivo a natureza fundamental à pessoa humana.

Já no Brasil, os primeiros institutos de aposentadoria e pensões (IAPs) datam da década de 30 do século passado.

Foi no final da década de 90 que a previdência privada, de caráter complementar, passou a figurar como uma alternativa para a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro. Com a Emenda Constitucional 20/98, a previdência privada alcançou *status* constitucional, ao que se seguiu a edição das Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001.

O sistema brasileiro de previdência seguiu, assim, a forma adotada por grande parte dos países, no que se denominou chamar de “sistema de múltiplos pilares” (*multi-pillar system*)¹: um pilar representado pela **previdência pública** (operacionalizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS) e os outros dois representados, respectivamente, pela **previdência privada fechada** ou fundos de pensão (cujas entidades constituem-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, com planos voltados para empregados de uma determinada empresa ou grupo de empresas, ou para pessoas que possuam um vínculo associativo ou sindical) e pela **previdência privada aberta** (cujas entidades gestoras são constituídas sob a forma de sociedades anônimas, com planos acessíveis a quaisquer pessoas físicas).

No que interessa mais diretamente ao tema, as sociedades de previdência privada desenvolvem, ao lado da previdência pública, destacado papel social. São valioso instrumento de recursos humanos das empresas patrocinadoras, pois propiciam uma vida digna aos empregados dessas empresas inscritos em seus planos de benefícios, quando da passagem para a inatividade, bem assim servem de incentivo à aposentadoria dos empregados aposentáveis, o que importa a renovação dos quadros de pessoal.

Além disso, as sociedades de previdência privada exercem relevante papel como formadoras de poupança nacional e propulsoras do desenvolvimento econômico.

Números divulgados pela Fenaprevi (Federação Nacional de Previdência e Vida)² indicam que o mercado de previdência privada fechou o primeiro trimestre de 2011 com arrecadação de R\$ 11,7 bilhões, consolidando crescimento de 16,62% se comparado com o primeiro trimestre de 2010. O número de contratos de plano de previdência privada aberta cresceu 2% no primeiro trimestre: saltou de 10,3 milhões para 10,5 milhões. O sistema contabiliza atualmente 96,8 mil participantes que já recebem benefícios.

Toda esta evolução e crescimento veio acompanhada do incremento na complexidade das relações jurídicas firmadas entre os participantes das entidades de previdência privada. Os conflitos oriundos dessas relações desembocaram, logicamente, no Poder Judiciário.

Não tenho comigo o percentual das ações envolvendo fundos de pensão que se encontram em trâmite nos tribunais de cada um dos estados-membros. Até mesmo desconheço a existência de estudo que tenha apurado esses números.

Mas, se vale uma comparação, em meu gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, recursos originários de ações que têm como parte entidades de previdência complementar representam aproximadamente 6% do acervo total de processos. Ou seja, no universo de todas as causas cíveis, 6% são relacionadas à previdência complementar.

A título de comparação, as causas atinentes a temas do direito de família (tais como alimentos, separação, divórcio, partilha de bens, união estável e todas as modalidades de ações relativas ao estado de filiação) e as causas relativas ao direito da criança e do adolescente (guarda, tutela e adoção), se somadas, representam 5% do acervo do gabinete.

Já as causas originárias de acidentes de trânsito representam aproximadamente 7% desse total. Ou seja, se os números de meu gabinete representassem fielmente os números da Justiça brasileira, poder-se-ia dizer que a cada acidente de trânsito que acontece em nossas vias uma pessoa firma um contrato com uma entidade de previdência privada.

Pois bem.

Questão de grande significado é a que diz respeito à sujeição ou não dos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar ao regime instituído pela Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, no intento de pacificar a controvérsia a esse respeito, editou a Súmula 321, que reza que *“o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”*.

Este verbete sumular, embora sem efeito vinculante, tem tido reiterada aplicação naquele tribunal superior, seja com relação aos conflitos envolvendo entidades abertas de previdência complementar, seja com relação às entidades fechadas (p. ex., AgRg no Ag 766.447/RN, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 28/09/2010).

Penso, todavia, que essa aplicação indistinta do Código de Defesa do Consumidor a uma e outra entidade de previdência complementar não seja juridicamente acertada, pois a relação existente entre os participantes e as entidades fechadas não se amolda ao conceito de relação de consumo proposto por aquele diploma legal, que reclama figure de um lado um fornecedor e de outro um consumidor.

Consumidor, conforme o art. 2º da Lei 8.078/90, *“é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*.

Fornecedor, ao seu turno, *“é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, comercialização, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos*

As sociedades de previdência privada desenvolvem, ao lado da previdência pública, destacado papel social

ou prestação de serviços”. Para integrar o conceito de fornecedor, o § 1º desse art. 3º conceitua produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; e o § 2º desse mesmo artigo conceitua serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

E é demonstrando que a relação entre participantes e entidades de previdência privada não se amolda a tais conceitos que pretendemos justificar a necessidade de que a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça seja interpretada de acordo com os preceitos normativos existentes.

Como ponto de partida é forçoso invocar a observação feita por Lygia Avena³ acerca do enquadramento constitucional do regime de previdência complementar. Enquanto as entidades de previdência fechada complementar, por sua natureza e seus objetivos, se desenvolvem e estão inseridas no âmbito da “Ordem Social”, no título VIII da Constituição, o princípio da defesa do consumidor é destinado expressamente à “Ordem Econômica”, inserido no título VII da Carta Magna.

As entidades fechadas de previdência complementar são instituídas pelas chamadas *patrocinadoras* (empresa ou grupo de empresas) ou *instituidoras* (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial), que se organizam sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, para oferecer a seus empregados (no caso de patrocinadores) ou associados (no caso das chamadas instituidoras) planos de benefícios de natureza previdenciária por elas administrados e executados.

O patrimônio dessas entidades é exclusivamente destinado à concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, por expressa disposição legal do art. 19 da Lei Complementar 109/01, que reza: “as contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário”.

Operam essas entidades no chamado regime de capitalização: acumulam-se valores durante a fase ativa do empregado e essa reserva suportará os custos de seu benefício futuro. Neste processo, os integrantes do grupo (empregados-participantes e empregadores-patrocinadores) alocam esforços financeiros que serão utilizados em favor de todos com vistas ao pagamento de benefícios devidos. Os aportes financeiros são feitos segundo rigoroso regime atuarial,

de modo que eventos como o aumento da expectativa de vida ou a baixa rentabilidade dos ativos não comprometam os benefícios prometidos.

Por isso, é equivocado supor que os fundos de pensão, por operarem em regime de capitalização e serem mobilizadores de vultosa quantidade de recursos, dispõem de elevada capacidade financeira. As reservas acumuladas no regime de capitalização destinam-se a ser consumidas posteriormente. Se mal empregados no presente, faltarão recursos para saldar compromissos previdenciários futuros.

Ademais, não se pode confundir com lucro os eventuais resultados superavitários dessas entidades fechadas. O art. 20 da Lei Complementar 109/01 dá tratamento claro à matéria ao dispor que tais resultados superavitários dos planos de benefícios das entidades fechadas, após satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, serão destinados à *constituição de reserva de contingência*, para garantia de benefícios.

A inexistência de finalidade lucrativa é reiterada pelo art. 18, § 3º, da Lei Complementar 109/01, que prevê que *“as reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador”*.

Portanto, como todas as contribuições vertidas pelos participantes são destinadas a eles mesmos, e como, além disso, o art. 14, inciso III, da Lei Complementar 109/01 assegura aos participantes o resgate dessas contribuições na hipótese de saída dos planos antes de auferirem os benefícios, não podem as contribuições ser tratadas como se fossem *remuneração* por serviço, no contexto da comercialização a que refere o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Como indicado há pouco, o § 2º desse art. 3º conceitua serviço como *“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”*.

Se não há remuneração, não há *serviço* para efeito de caracterização de uma relação de consumo.

No universo de todas as causas cíveis, 6% são relacionadas à previdência complementar

Ademais, as entidades fechadas de previdência complementar não oferecem seus planos de benefícios no mercado de consumo, ao público em geral, mas apenas a determinadas *coletividades*, quais sejam, aos *empregados* das empresas patrocinadoras ou aos *associados* das chamadas instituidoras (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial).

Isso também impede sejam tais entidades classificadas como fornecedoras, já que seus serviços não são prestados “no mercado de consumo” como exige o mesmo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se ver, ainda, que as entidades fechadas são fiscalizadas pela Secretaria de Previdência Complementar, e sua regulação cabe ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, ambos órgãos do **Ministério da Previdência Social**.

Avultam distinções com relação às chamadas entidades abertas de previdência complementar. Estas, na exata expressão do art. 36, *caput*, da Lei Complementar 109/01, “*são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas*”.

Os planos de benefícios das entidades abertas, diferentemente do que se passa com os planos das entidades fechadas, são oferecidos no mercado de consumo ao *público em geral*, e não apenas a determinadas coletividades (empregados das patrocinadoras ou aos associados das instituidoras). Além disso, essas entidades abertas são sociedades empresárias, com finalidades lucrativas, que vendem planos de aposentadoria mediante remuneração – tanto assim que reguladas e fiscalizadas por órgãos integrantes da estrutura do **Ministério da Fazenda**, não pelo Ministério da Previdência Social.

As entidades abertas são sociedades que desempenham *empresa*, pois têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário, qual seja, exercem “*profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (art. 966, *caput*, combinado com o art. 982, *caput*, ambos do Código Civil).

Essas diferenças que se verificam entre as entidades abertas e as fechadas servem para lançar luz sobre a aplicação da Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça. O tratamento dispensado a ambas entidades não pode ser o mesmo, haja vista as viscerais distinções entre umas e outras.

A natureza empresarial, a finalidade lucrativa e o oferecimento de seus planos de benefícios a toda a sociedade de consumo justificam a sujeição das entidades abertas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, nos exatos termos propostos pela enunciado sumular.

Diverso, no entanto, é o tratamento que se deve dispensar às entidades de natureza não empresarial, que operam sem visar lucro e que disponibilizam seus planos de benefícios apenas aos integrantes de uma coletividade determinada. É o que se dá no caso das entidades fechadas de previdência complementar.

Aos contratos firmados entre tais entidades fechadas e seus participantes não se pode atribuir a natureza de relação de consumo, haja vista que elas não atuam como fornecedores na sociedade consumerista.

A chamada relação de consumo, cujo conceito se extrai do art. 3º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 8.078/90, está vinculada ao *comércio* de produtos ou serviços e à sua *distribuição no mercado de consumo*, com *finalidade lucrativa*, características que não se encontram presentes na relação entre participantes e entidades de previdência privada complementar.

Equívoco que se vê nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em acórdãos apontados como predecessores da referida súmula (REsp 591.756, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; e REsp 235.067, rel. Min. Barros Monteiro), é equiparar toda e qualquer entidade de previdência privada a uma instituição financeira.

Esta equiparação total não nos parece acertada.

Em primeiro lugar, porque muito embora o art. 29, *caput*, da Lei 8.177 efetivamente equipare indistintamente as entidades de previdência privada “às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários”, é indispensável ver que essa equiparação é limitada pelo mesmo diploma às operações realizadas por tais entidades “nos mercados financeiro e de valores mobiliários respectivamente, inclusive em relação ao cumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional quanto às suas aplicações para efeito de fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e

É equivocado supor
que os fundos de
pensão dispõem de
elevada capacidade
financeira

da aplicação de penalidades previstas nas Leis n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 6.385, de 7 de dezembro de 1976”.

Além disso, as entidades de previdência privada fechada, nos contratos entabulados com seus participantes, também não podem ser equiparadas a instituições financeiras, pois não captam recursos de uns para emprestar a outros. Operam, sim, o já indicado regime de capitalização: acumulam recursos dos participantes e os administram para, no futuro, pagar benefícios previdenciários a seus próprios titulares, os quais, como bem chama a atenção Adacir Reis⁴, inclusive têm representação nos conselhos deliberativos e fiscal, sem a caracterização da intermediação financeira.

É justamente na gestão compartilhada que reside uma outra característica que fundamenta a *não aplicação* do Código de Defesa do Consumidor às *entidades fechadas*: os participantes (pessoas físicas que aderem ao plano de benefício) e assistidos (participantes ou seus beneficiários em gozo de benefícios de prestação continuada) tomam parte nas decisões dos conselhos deliberativo e fiscal, integrando-os na proporção de, no mínimo, um terço das vagas existentes em cada um desses órgãos.

O conselho deliberativo é a instância máxima de uma entidade de previdência fechada. Embora sua competência não esteja previamente definida na Lei Complementar 109/01, os estatutos dessas entidades normalmente acometem ao conselho deliberativo a definição da política geral de investimentos, a competência para alteração de seus estatutos e regulamentos dos planos de benefícios e a apreciação de recursos contra decisões da diretoria-executiva.

O conselho fiscal, por seu turno, fiscaliza as contas da entidade e de seus planos de benefícios.

O que se vê, em suma, é que os participantes e assistidos tomam parte da administração do fundo de previdência, coisa que não acontece numa relação de consumo, pois os consumidores não têm ingerência nos contratos que celebram com o fornecedor.

Ora, se os participantes deliberam sobre os rumos da entidade e sobre os planos por ela oferecidos, não há como ver exista relação de consumo (relação consumidor-fornecedor), pois o participante que “consome” também decide sobre aquilo que será “fornecido”.

Esta gestão compartilhada das entidades de previdência fechada é mecanismo fundamental de proteção dos participantes dos planos de benefícios.

Dessa feita, com o devido acatamento aos entendimentos contrários, a relação entre as entidades de previdência fechada e os seus participantes não se enquadra na tutela do chamado Código de Defesa do Consumidor.

A Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, por isso, merece uma releitura, com a redução de seu âmbito de aplicação, de sorte a restringi-lo às entidades abertas de previdência complementar.

Notas

¹ RODRIGUES, Flávio Martins. *Previdência complementar: conceitos e elementos jurídicos fundamentais*. Disponível em: <http://www.bocater.com.br/artigos/fmr_aspectos_gerais.pdf>. Acesso em 18 mai. 2011.

² *Previdência privada aberta arrecada R\$ 11,7 bilhões no primeiro trimestre de 2011*. Disponível em: <<http://bagarai.com.br/previdencia-privada-aberta-arrecada-r-117-bilhoes-no-primeiro-trimestre-de-2011.html>>. Acesso em 23 de maio de 2011.

³ AVENA, Lygia. *As entidades fechadas de previdência complementar e o Código de Defesa do Consumidor*. In: *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. Organizador: Adacir Reis. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009, p. 67-84.

⁴ REIS, Adacir. *A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar*. In: *Fundos de Pensão – Aspectos Jurídicos Fundamentais*. Organizador: Adacir Reis. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009, p. 50-66.

PODER JUDICIÁRIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA*

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO**

Juiz de Direito Substituto designado perante a 9ª Vara Cível da
Comarca de Curitiba

EXCERTOS

“Dogmaticamente, o conteúdo normativo do texto constitucional vem sendo interpretado como consolidação do ideário apregoado por Montesquieu no sentido de que os poderes da República devem ter funções típicas bem delimitadas, de maneira que possam exercer uns sobre os outros fiscalização e decote de atuações proscritas sob o aspecto positivo”

“Conquanto não se descure que o exercício unipessoal do poder realmente traz, ínsito a si, a corrupção e abuso, não se pode cogitar que frente aos novos desafios trazidos ao Estado Democrático de Direito a atuação independente e paralela dos poderes viabilize a máxima efetividade dos direitos fundamentais, consagração material da Carta da República e, sobretudo, o atendimento aos anseios sociais”

“Atualmente, de tal sorte se revelam entrelaçados os sistemas econômicos exercidos pelos entes federativos que não se pode cogitar da atuação independente de algum poder, exercendo parcela da soberania, desconsiderando os efeitos que eventual decisão terá no panorama jurídico-econômico”

“O fenômeno da desmistificação da soberania é silencioso e não revela sinais externos evidentes, não se podendo, contudo, permitir seja obnubilada a ideia de que o ser humano é o fim e não o meio para o Estado”

****Outras qualificações do autor**

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorando pela Universidade Federal do Estado do Paraná, sob a orientação do professor Cesar Antônio Serbena. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP), membro do Conselho Científico da mesma Instituição e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Jurídica (NUPEJ), coordenando o grupo de pesquisa referente às motivações das decisões judiciais. Pesquisador do grupo Justiça, Democracia e Direitos Humanos, sob a coordenação da professora Cláudia Maria Barbosa. Professor no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da PUC/PR. Conselheiro indicado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para o Conselho Estadual de Direitos Humanos. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública Falências e Concordatas do Foro Central da comarca da região metropolitana de Curitiba. Secretário Geral da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Autor de obras e artigos nacionais e internacionais.

I. Introdução

Hodiernamente, com a formulação de novos desafios ao direito, embates principiológicos, choques normativos entre regras que embasam direitos de estaturas discrepantes e, mesmo, criação de novos ramos dogmáticos que objetivam explicar fenômenos sociais que se verificam candentes e inafastáveis¹, a clássica teoria da ‘divisão de poderes’ passa por momento de ampla reflexão², perpassando dos papéis bem definidos e estáticos à crise gerada pela especificidade e aumento das demandas sociais, provocando acentuada intercessão na atuação dos órgãos responsáveis pela organização e manutenção do Estado.

Diante deste quadro, o conhecido sistema de ‘freios e contrapesos’ não mais se atém à função refradora; ao contrário, presta-se a estabelecer diretrizes visando ingerências positivas. Nesta vertente, uma nova visão acerca da divisão dos poderes poderá ensejar, em último grau, o desenvolvimento do país não apenas sob o enfoque econômico, senão também político, jurídico e social, apto, portanto, a garantir o enlevo da liberdade dos indivíduos³. Ultimado o correto balanceamento da atuação dos poderes da República e, sobretudo, efetivando-se correta distribuição de recursos públicos, poder-se-á alcançar com plenitude o bem-estar como decorrência da igualdade em si, esta não sob o aspecto meramente formal, mas como manifestação garantida e indevassável da cidadania⁴.

O Poder Judiciário se insere neste contexto não mais apenas com a função típica de resolução de conflitos⁵ – ainda que sempre tenha tido funções atípicas de regulamentação e execução de diretrizes normativas⁶ –, revelando, outrossim, papel de indicador dos vetores a serem adotados pelos demais poderes em ordem a consagrar a efetividade da Carta da República e, notadamente, os direitos humanos nela inseridos. Tal se dá pela exegese jurisdicional dos direitos fundamentais e posterior diálogo com os demais poderes a fim de articular as atividades estatais e correlacioná-las às pautas sociais hauridas da Lei Fundamental.

O presente trabalho visa investigar as premissas que embasam sobredito ideário e, ainda, verificar se tais se enquadram, sob o aspecto dogmático, positivo e tópico, no rol de competências previstas na Carta Fundamental. Pretende-se, igualmente, empreender estudo acerca de alguns julgados existentes, examinando se já há alguma diretriz jurisprudencial acerca

do assunto, correlacionando o tema proposto com os direitos humanos trazidos à tona pela Carta e, sobretudo, com a forma de viabilizar a administração da Justiça.

II. Independência e separação?

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 2º, dispõe que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Dogmaticamente, o conteúdo normativo do texto constitucional vem sendo interpretado como consolidação do ideário apregoado por Montesquieu no sentido de que os poderes da República devem ter funções típicas bem delimitadas, de maneira que possam exercer uns sobre os outros fiscalização e decote de atuações proscritas sob o aspecto positivo⁷.

A prefalada doutrina veio sendo consagrada por séculos a fio, de maneira que eventual questionamento ao seu acerto, eficácia ou aplicação, desconsiderando particularidades de cada Estado, vinha decerto acompanhado de ideologias totalitárias. Acostumou-se a conceber que o sistema de freios e contrapesos seria ideal a garantir a paz interna e, sob aspecto mais amplo, também no cenário externo; e que o cidadão, protegido da ingerência invasiva e arbitrária do Estado, exerceria de maneira plena, inquestionável e evidente a sua liberdade constitucional.

Segundo Montesquieu, aliás, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”⁸.

Conquanto não se descure que o exercício unipessoal do poder realmente traz, ínsito a si, a corrupção e abuso, não se pode cogitar que frente aos novos desafios trazidos ao Estado Democrático de Direito a atuação independente e paralela dos poderes viabilize a máxima efetividade dos direitos fundamentais, consagração material da Carta da República e, sobretudo, o atendimento aos anseios sociais.

A doutrina constitucional moderna, aliás, vem entendendo que a atuação conjunta e direcionada aos valores constitucionais parece ser o ponto nodal da atual releitura do sistema de freios e contrapesos⁹. Há, de outro turno, quem entenda que jamais teria havido por parte de Montesquieu a intenção da completa separação de poderes, mas sim combinação das forças inerentes a cada qual¹⁰. A atuação

concatenada entre os poderes seria, nesta vertente, ínsita à própria teoria cunhada por Montesquieu.

Para além da discussão travada, verifica-se que hodiernamente existe uma crise dogmática cuja solução não perpassa pela adaptação de um sistema que não lhe cabe mais enquanto diretor da nova roupagem que se verifica no segmento social, jurídico, político e econômico. A crise fora gerada e gestada pela evolução de institutos, visões, ideários e concepções, de modo que não pode ser confinada à trilha pela qual trafegavam anteriores molduras¹¹.

Trata-se, pois, de evolução substantiva e não meramente instrumental. Entender as novas funções que se abrem inequivocamente aos poderes da República examinando apenas o modo de exercício de suas funções tradicionais, típicas e atípicas, pode ser útil apenas para compreender as limitações que se lhes antolham, mas não para conceber fenômeno mais amplo que se abre aos olhos dos indivíduos enquanto cidadãos.

A atual sociedade apresenta conflitos que não mais se podem resolver à custa da decisão solitária de determinado legitimado pela via eletiva, pelas ideias técnico-jurídicas de uma turma julgadora (por mais suprema que se revele) ou, ainda, pela difusa participação dos representantes indiretos da sociedade em sede legislativa. Impõe-se não apenas a atuação protagônica de um dos poderes – submetido, sabe-se, à análise corretiva dos demais –, senão o diálogo e atuação conjunta de todos enquanto segmentos da estrutura de poder estatal. Apenas assim se poderá alcançar solução que atenda aos primados constitucionais, garanta o desenvolvimento estatal pela via do bem-estar dos cidadãos e consagre os direitos humanos previstos na Carta, notadamente a dignidade da pessoa humana.

III. Revisão da teoria da separação de poderes e a desmistificação da soberania

De acordo com a concepção tradicional ditada pelas normas jurídicas internas e externas, a soberania se encerra nos limites territoriais de cada ente federativo. De tal sorte, o direito, liberdades e atuações de cada ente encontra limite rígido e inequívoco no ponto em que se inicia a esfera de ingerência de outro país¹².

Afora parte a regulamentação decorrente do direito internacional – muitas vezes com objetivo explícito da paz mundial e implícito da prevalência econômica de algum país por sobre outro –, não se

conhece ainda no panorama mundial outra moldura que possa servir de embasamento à organização social, política e jurídica de um povo sobre outro sem que se recorra ao uso da força e/ou dominação militar.

Conquanto existam situações pontuais que coloquem sob exame mais acurado a conservadora delimitação exposta – tal como a ainda hoje não resolvida questão da aplicação de direitos indígenas originários ou sua acolhida (imposta, observe-se) pelo ordenamento nacional referente ao país ao qual se encontram fixados¹³, exemplo candente da prevalência do universalismo radical em detrimento do relativismo¹⁴ –, fato é que significativa parcela da comunidade internacional não parece ter se dado conta à suficiência que o sistema econômico hoje vigente em quase todos os países do globo aplinou de forma tal a soberania que parece faltar apenas algum ato formal que reconheça seu completo defenestramento¹⁵.

Se em primeiro momento o advento do mercantilismo e incipiente capitalismo que se seguiu colaboraram para a delimitação de fronteiras – o que facilmente se explica pela necessidade econômica, visto que a comercialização de produtos impunha observância de regras e o advento de regulamentação interna e externa¹⁶ –, a fase mais atual e agressiva do capitalismo demanda, ao revés, abrandamento de fronteiras jurídicas, abertura econômica irrestrita e subserviência dos poderes da República, ainda que de forma implícita, às exigências levadas a cabo pelo sistema econômico¹⁷.

Atualmente, de tal sorte se revelam entrelaçados os sistemas econômicos exercidos pelos entes federativos que não se pode cogitar da atuação independente de algum poder, exercendo parcela da soberania, desconsiderando os efeitos que eventual decisão terá no panorama jurídico-econômico¹⁸. Mesmo os conflitos individuais levados à apreciação das cortes de justiça, independentes na forma e espírito, podem alcançar resultado que sacrifique o individual em prol do coletivo, se entrevisto sob a feição econômica¹⁹.

O fenômeno é inequívoco e não parece apresentar opção de caminho diverso. A soberania parece profundamente abalada, para citar o mínimo, pela ingerência externa do capital corroborada pela atuação política de segmentos econômicos diversos e por vezes discrepantes entre si, exigências de grupos internacionais, globalização da economia, diminuição da importância política das necessidades reais do cidadão frente à obsolescência artificial criada pelo consumismo sem barreiras ou fronteiras, amesquinamento da cultura local, tradicional e histórica²⁰ e recrudescimento da moldura

jurídica internacional com fundamento econômico em face dos valores jurídicos nacionais²¹.

O fenômeno da desmistificação da soberania é silencioso e não revela sinais externos evidentes, não se podendo, contudo, permitir seja obnubilada a ideia de que o ser humano é o fim e não o meio para o Estado.

Nesta seara, cada vez mais relevantes se apresentam as discussões acerca dos direitos humanos, porquanto embasados em arcabouços normativos que ultrapassam questões meramente econômicas e denotam vetores a serem perseguidos pelos Estados em prol do indivíduo.

Ricardo Lobo Torres, a propósito da fenomenologia internacional dos direitos humanos, inaugura nova concepção do conceito de cidadania, tendo-a não mais estreitamente atrelada a cada Estado, mas sim em contexto internacional, de maneira a que ao homem deva ser assegurado amplo quadro de direitos e deveres no panorama internacional, estes tendo como alicerce os direitos humanos e a justiça em sentido ontológico²².

IV. Poder Judiciário: antigas funções, novos desafios

Tradicionalmente tido como poder competente unicamente para a resolução de conflitos intersubjetivos, o Poder Judiciário atualmente desempenha também funções de diversa envergadura, imiscuindo-se em políticas públicas e enfrentando questões atreladas não apenas aos conflitos, mas também à própria gestão do aparelho judicial e sua relação com outros poderes e a sociedade civil.

Conquanto não se descure da imperiosa necessidade da salvaguarda de conflitos intersubjetivos e a efetividade das decisões que adjudiquem ao cidadão a norma apta a consubstanciar o desate do nó górdio posto à cura do aparelho judicial, modernamente também se impõe meditar acerca de direitos que extrapolam o individual, perpassando por abordagens outras, atreladas às minorias e grupos.

Assim atuando, o Poder Judiciário estará assumindo papel de protagonista na defesa dos direitos fundamentais e humanos, garantindo o implemento da Constituição da República e, em último grau, a liberdade e igualdade dos cidadãos, inclusive frente ao poder público.

O denominado ativismo judicial, todavia, não pode dar ensejo ao desequilíbrio no exercício da função típica dos demais poderes.

Por vezes, em decorrência do desconhecimento das especificidades econômicas ou com o intuito de garantir a efetividade da ordem emanada no bojo de determinado processo, o juiz acaba por dificultar ou mesmo obstar a atividade desenvolvida pelos demais poderes, notadamente quanto à distribuição de recursos públicos²³.

Dessa maneira, para além de solucionar contendas, o juiz ao estar criando, porquanto estimulará a propositura de novas demandas visando à obtenção de direito cuja materialização se revelou impossível justamente à conta de provimento jurisdicional proferido em outro feito.

Não se quer com isso sustentar que as cortes de justiça, quando confrontadas com conflitos que tenham por pano de fundo questões econômicas (moradia, saúde etc.), releguem ao desdém os direitos fundamentais e humanos em prol exclusivamente da economia. Tal viria a reduzir o espaço da cidadania e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, o que não se pode admitir sob pena de proscrição da Lei Fundamental.

Como, então, admitir que o Poder Judiciário trabalhe com valores – exigência imposta pelos novos conflitos sociais – e não soçobre a atuação dos demais poderes?

V. Das escolas econômicas às ideias e valores pós-positivistas

Em meados da década de 1970, ao cunhar teoria que atrela o estudo pragmático da economia aos efeitos gerados no comportamento humano, o norte-americano Richard Posner pretendeu demonstrar a necessária correlação entre direito e economia²⁴. Na mesma trilha andou Guido Calabresi, demonstrando interfaces entre as ciências mencionadas²⁵.

A premissa era a de que as ciências poderiam contribuir reciprocamente como forma de empreender estudos de maior completude acerca das questões postas a exame quer em terreno acadêmico, quer pragmático.

Inerente a este pensamento, no entanto, não havia como deixar de considerar, sob a ótica do direito, a influência que as questões econômicas ultimavam por inculcar nos assuntos jurídicos, o que poderia ensejar o tratamento pretoriano de conflitos intersubjetivos sob apanágio ou matrizes contábeis. Bem por isso, aliás, criticou-se a então denominada primeira geração da *Law and Economics school* em razão de proscrever a autonomia ou fundamentalidade do direito²⁶.

Sob esta concepção – incipiente, diga-se de passagem – havia notável apelo à objetividade da lei e interpretação estritamente gramatical da norma, atrelando-a aos recortes econômicos das relações entre indivíduos e o mercado²⁷. Ao direito restava objetivar a eficiência, ainda que em detrimento de valores de maior envergadura e profundidade axiológica.

As cortes de justiça, sobretudo, não tardaram por entender que a análise meramente pragmática e eficiente do direito frente aos fenômenos econômicos não poderia servir ao indivíduo enquanto fonte de poder legitimador do Estado, mas, ao contrário, apenas ao ente estatal de forte conteúdo e viés intervencionista, cuja primordial preocupação não se atinha às pontuais intersubjetividades geradas por conflitos não açambarcados por fenômenos mercadológicos.

Assim é que, após forte reação que gerou o hodiernamente denominado ativismo judicial²⁸, na metade da década de 1980 se iniciou a segunda geração da *Law and Economics school*, agora calcada no paradigma de que a análise econômica se revela limitada, de maneira que os fenômenos atrelados ao conhecimento e compreensão jurídicos não podem receber explicação que gire exclusivamente em torno da lógica do mercado e sua eficiência quantitativa²⁹.

Esta segunda geração da *Law and Economics* tem o efeito prático de incutir ao juiz não mais a análise pura, positiva e fria da eficiência, mas sim do custo-benefício, verdadeiramente moldando o direito subjetivo conforme o gerenciamento de recursos públicos³⁰. Ganha acentuado *status* a *common law*, tida como forma mais viável de atingir aos desideratos propugnados pela teoria em foco.

De fora parte as críticas direcionadas à *common law*³¹ (enlevada e consagrada pela teoria em foco), não se pode deixar de considerar que a concepção não apenas atrelada à eficiência já culminou por introduzir outros valores à resolução de conflitos, o que se presta a denotar certa evolução quanto à função do Poder Judiciário. A instabilidade haurida da concepção em azo, no entanto, é o ponto nodal que obsta a consolidação da teoria.

Tendo em linha de conta a problemática ainda exurgente da aplicação da segunda geração da *Law and Economics*, adveio a *New*

A atual sociedade apresenta conflitos que não mais se podem resolver à custa da decisão solitária de determinado legitimado pela via eletiva

Institutional Law and Economics, pontuando que há necessária correlação entre os comportamentos formais e informais adotados na realidade social e o sistema de direitos e mercado³².

Oliver Williamson, citado por Rogério Gesta Leal³³, adverte, contudo, que:

“(...) é preciso que as formas de governança tenham a consciência e desenvolvam ações para lidar com possibilidades futuras de rompimentos contratuais (de obrigações em geral assumidas pelo e no Mercado), tendo as organizações – dentre elas o Estado enquanto Parlamento, Executivo e Judiciário – a responsabilidade de coordenar e minimizar os custos de transação econômica, através de mecanismos que desenhem, monitorem e exijam o cumprimento das obrigações entabuladas.”

A ideia é a de que os poderes constituídos adotem posturas que sublimem os comportamentos que, primando e garantindo o cumprimento da ordem posta, reduzam o sacrifício social oriundo dos custos das transações econômicas.

Indaga-se, contudo: como poderia o Poder Judiciário conceber, no exercício de sua função típica, a postura propugnada pela *New Law and Economics school* sem abandonar a moldura normativa posta, de ela depender sem qualquer análise axiológica, ou arvorando-se em função que não lhe apetece, qual a de legislador?

A perspectiva pós-positiva parece indicar os princípios como fonte segura de atender, a um só turno, ao objetivado pela Carta da República, e, bem assim, aos anseios econômicos e sociais³⁴. Sob este viés, não há como deixar de considerar as teorias propugnadas por Ronald Dworkin³⁵, todas direcionadas a resolução de conflitos envolvendo não apenas o conjunto de regras anteriormente postas à apreciação do julgador, senão todo o arcabouço principiológico apto a trazer à tona eventual normatização implícita que, associada à moral pessoal do agente público e à moral institucional, possa servir de diretriz segura aos julgamentos.

Confrontando-se, todavia, com este pensamento de índole substancialista, encontra-se, ainda sob a perspectiva pós-positivista, Jürgen Habermas, sustentando, com sua teoria da ação comunicativa e do discurso, a necessidade de autonomia e fortalecimento dos espaços públicos de deliberação política, de maneira a resgatar as funções primordiais e recortadas de cada poder³⁶. A ideia sustentada pelo pensador alemão, de inegável índole procedimental, é a de que no confronto discursivo entre os atores políticos, ao deliberarem sobre

o próprio convívio, apresente-se rede de negociações retroligadas por várias possibilidades, não necessariamente formatadas e apegadas à supremacia do Estado em face da sociedade civil³⁷.

Nas palavras do autor:

*“A idéia segundo a qual o poder do Estado por elevar-se acima das forças sociais como um pouvoir neutre sempre foi ideologia. Entretanto, um processo político que resulta da sociedade civil tem que adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais de poder ancorados na estrutura social, a fim de que o sistema não se degrade, assumindo a forma de um partido entre outros partidos, seja no papel do poder executivo, seja como poder de sanção.”*³⁸

Concebendo o sistema normativo com a função de estabilizar expectativas sociais e assegurar relações de reconhecimento recíproco entre sujeitos portadores de direitos individuais, pretende Habermas construir, a partir do entendimento deontológico, novo fundamento para o poder político e seu correspondente exercício³⁹. Neste contexto, o processo discursivo da construção de consensos encontra-se fundado em plexos axiológicos compartilhados, quer quanto às instituições, quer entre estas e a sociedade civil⁴⁰.

O ativismo judicial, todavia, não pode dar ensejo ao desequilíbrio no exercício da função típica dos demais poderes

Ao Judiciário, correntemente, não tem sido reservado papel comunicativo-preventivo com os demais poderes, senão apenas corretivo, apto a trazer à baila a concretude constitucional e assegurar, como quer Konrad Hesse, o princípio da concordância prática ou da harmonização, de espeque a viabilizar a harmonização entre o bem da vida pretendido e a salvaguarda das funções institucionais reservadas a cada poder⁴¹.

A bem da verdade, os Estados constitucionais atuais apresentam, em grande parte, instâncias pouco definidas do plexo de atribuições operativas de cada poder quando confrontados com a pragmática dinâmica social. Conquanto a Carta Fundamental traga em si o bojo de funções, predominam visões paternalistas, compensatórias e pouco preventivas ou participativas à gestão de interesses comunitários⁴².

Assim é que se verifica, atualmente, a denominada crise da administração da justiça, na medida em que ao Poder Judiciário se impõe a solução de conflitos que em melhor senda se amoldam às questões de índole política – função que, aliás, não pode relegar ao desdém, dada a configuração constitucional a que deve subserviência

– sem que apresente em seu contexto processual-procedimental espaço para a politização e debate das questões postas a exame⁴³.

As soluções meramente coercitivas, retornando a Habermas, podem dar cabo ao problema imediato, estancando ilegalidades evidentes e fulminando comportamentos, ainda que omissivos, proscritos pela legislação e ordenamento constitucional. Ocorre, no entanto, que inegavelmente não atendem, à completude, aos anseios da democracia, porque deixam de consagrar a efetivação do espaço de consenso que viabiliza o cumprimento da ordem posta não pelo temor da represália, senão pela consciência do atuar em conformidade com as decisões comunitárias.

VI. Concepção corretiva e políticas públicas: estudo tópico

A atuação institucional do Poder Judiciário tem permitido visualizar plêiade de casos em que, confrontados com comportamentos estatais dos demais poderes que venham a comprometer ou pôr em risco a eficácia e integridade dos direitos de estatura constitucional – ainda que derivados de cláusulas programáticas –, postura corretiva seja trilhada, quer para determinar alguma ação, quer para corrigir omissão afrontosa à legalidade (esta em sentido amplo).

O Supremo Tribunal Federal, sob o apanágio da cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial, legitima tal atuar:

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”⁴⁴

Sob este enfoque e adotando semelhantes premissas, o Superior Tribunal de Justiça, igualmente se imiscuindo no âmbito das políticas públicas, determinou ao Poder Executivo que, corrigindo omissão

tida como inconstitucional e em disparate à legislação de regência quanto ao tema em discussão, empreendesse a construção de creche a menores de zero a seis anos de idade.

O julgado veio assim ementado:

“Administrativo. Constitucional. Art. 127 da CF/88. Art. 7º da Lei nº 8.069/90. Direito ao ensino fundamental aos menores de seis anos “incompletos”. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do estatuto da criança e do adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. O direito constitucional ao ensino fundamental aos menores de seis anos incompletos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (omissis)”.

3. In casu, como anotado no aresto recorrido “a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prever, em seu art. 87, § 3º, inciso I, que a matrícula no ensino fundamental está condicionada a que a criança tenha 7 (sete) anos de idade, ou facultativamente, a partir dos seis anos, a Constituição Federal, em seu art. 208, inciso V, dispõe que o acesso aos diversos níveis de educação depende da capacidade de cada um, sem explicitar qualquer critério restritivo, relativo a idade. O dispositivo constitucional acima mencionado, está ínsito no art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o acesso à educação, considerada direito fundamental. Destarte, havendo nos autos (fls. 88 a 296), comprovação de capacidade das crianças residentes em Ivinhema e Novo Horizonte do Sul, através de laudos de avaliação psicopedagógica, considerando-as aptas para serem matriculadas no ensino infantil e fundamental, tenho que dever ser-lhes assegurado o direito constitucional à educação (...)”

4. Conclui-se, assim, que o decisum impugnado assegurou um dos consectários do direito à educação, fundado nas provas, concluindo que a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada

de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica, o que conduz ao não conhecimento do recurso nos termos da Súmula 7 do STJ, verbis: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”.

5. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

8. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

9. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem

importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

10. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

12. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

13. Ad argumentandum tantum, o direito do menor à frequência de escola, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, matricular um menor de seis anos no início do ano e deixar de fazê-lo com relação aquele que completaria a referida idade em um mês, por exemplo, significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

14. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos.

Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangência a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: REsp 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004.

15. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: “Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Direito assegurado pelo próprio texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do Direito Constitucional à Educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem

a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

16. Recurso especial não conhecido.”⁴⁵

Outros julgados do mesmo tribunal obram na mesma senda⁴⁶, sempre denotando a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a consecução de diligências positivas aos demais poderes em ordem a tornar concreto o regramento constitucional.

À vista, entretanto, da argumentação supramencionada, duas questões devem ser rememoradas: a) se, por vezes, a alocação de recursos públicos se presta a atender à determinação judicial – como sói mesmo se esperar em um Estado que se pretende subserviente ao regramento constitucional em vigor –, de outro lado, tal poderá vir a soçobrar o direcionamento dos mesmos recursos às atividades preventivas (e mesmo compensatórias) que ultimem por garantir o atendimento a outros direitos de idêntica envergadura constitucional; b) a pretexto de corrigir a postura inadequada e deformada oriunda de outro poder, acentua-se ainda mais a deformação, gerando, ainda que indiretamente, ulteriores conflitos e maior insatisfação.

Não se pretende criticar o ativismo judicial que se vem verificando candente em tempos modernos; senão apenas observar que a mesma atuação judicial pode ser pensada em sede preventiva, se acompanhada por instrumentos que incrementem a administração da justiça e viabilizem a comunicação institucional do Poder Judiciário com os outros poderes, enlevando o consenso na tomada de decisões. À adjudicação haurida da concretude da norma posta em prática na resolução de conflitos se deve reservar o espaço adequado, devidamente cerrado ao plexo normativo-axiológico constitucional.

Assim agindo, estará o Estado Democrático de Direito trilhando inequivocamente o correto caminho no sentido do desenvolvimento e, por via de consequência, consagrando os direitos humanos trazidos no bojo da Lei Fundamental e ínsitos à concepção de cidadania jurídica.

Como cediço, o desenvolvimento demanda, para incremento da qualidade de vida dos cidadãos, correlação com a liberdade,

**Ao Judiciário,
correntemente,
não tem sido
reservado papel
comunicativo-
preventivo com os
demais poderes**

igualdade e direitos humanos. Para que possa ser alcançado, não há de se esperar por políticas públicas unilaterais do Poder Executivo, ativismo judicial ou o advento de legislação que, superficialmente, atenda à pauta de reivindicações da sociedade; ao contrário, impõe-se a atuação conjunta de todos os poderes da República de moldes a delinear as reais necessidades sociais e atendê-las na justa medida em que se propõe a distribuição dos recursos públicos.

VII. Notas conclusivas

O presente trabalho pretende trazer a lume a crise hodiernamente existente quanto à separação dos poderes, justificando-a como modo de o Estado fazer frente, assumindo verdadeira nova roupagem, aos conflitos, embates principiológicos e direitos que pululam na realidade cotidiana. O modelo até então existente do Estado moderno parece não mais se amoldar às necessidades sociais, estas globalizadas a tal ponto que se passa a questionar o significado e extensão do próprio conceito de soberania.

A realidade global deve ser entendida e verdadeiramente compreendida para que se possa construir um modelo de Estado que a agasalhe, viabilizando, em consequência, o incremento da qualidade de vida dos cidadãos.

Neste ponto ressaí evidente a necessidade de repensar a postura concreta do Poder Judiciário no cenário pátrio, bem como sua forma de comunicação institucional com os demais poderes. Se, por um lado, a necessária e estreita correlação entre direito e economia parece demonstrar que a desmistificação da soberania também introduz elementos de profunda ressignificação no processo decisório, de outro giro as perspectivas pós-positivistas também apontam em senda diversa, concebendo e oferecendo nova diretriz que não apenas consagre a normatividade constitucional, mas também traga à tona o consenso.

Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, nessa toada, trazem, o primeiro sob o viés substancialista e o segundo sob o manto procedimentalista, ideias que corroboram a necessidade de uma visão mais alargada e conglobada da atuação estatal, tendo-a não em paralelo à sociedade civil, mas a incluindo no discurso argumentativo de modo a construir em cada caso soluções que atendam ao primado da Lei Fundamental, sem a necessidade do recurso à ameaça coercitiva.

No âmbito pátrio, há espaço para atuação corretiva do Poder Judiciário, mas a senda preventiva parece ser a que dentro do espaço comunicativo melhor consagre a liberdade, igualdade e os direitos humanos, impulsionando o Estado ao desenvolvimento por meio da outorga aos cidadãos da cidadania jurídica, consagrando-se, ao fim e ao cabo, os direitos que nela se concebem.

O assunto demanda maior digressão, mas se apenas alguns aspectos puderam ser suficientemente expostos, então o trabalho presente terá alcançado seu objetivo.

Notas

* Trabalho submetido e aprovado para apresentação perante o XI Congreso Nacional y I Latino-americano de Sociología jurídica, Buenos Aires, outubro de 2010.

¹ “Os movimentos sociais emergentes – tanto no campo como nas cidades – estão abrindo um novo espaço político, onde se plasmam as identidades étnicas e as condições ecológicas para o desenvolvimento sustentável dos povos que habitam o planeta, e da humanidade em seu conjunto. Estes movimentos estão gestando novos direitos – ambientais, culturais, coletivos – em resposta a uma problemática ambiental que emerge como uma crise de civilização, efeito do ponto de saturação e do transbordamento da racionalidade econômica dominante.” LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 346.

² “É visível a crise do Estado e de seu Direito neste final de século. Todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação de vontade estão abalados. Com este abalo outros dogmas perdem a credibilidade, como a separação de poderes, a neutralidade e o profissionalismo do poder judiciário, a representatividade do parlamento, a soberania nacional, a supremacia da Constituição. Esta crise é diferente de outras já havidas e às vezes mal superadas, porque atinge o âmago, os alicerces do sistema jurídico. As correções de rota feitas até agora puderam fazer mudanças no sistema jurídico que mantiveram sua essência. Entre as mudanças mais importantes estão o reconhecimento de pessoas jurídicas não comerciais, a criação de limitações administrativas, a interferência do Estado na ordem econômica, a definição de função social para a propriedade, a supremacia e a eficácia normativa das Constituições. Todos estes avanços não conseguiram abalar, mas ao contrário, reforçaram os fundamentos que marcaram a criação do direito moderno, especialmente a propriedade privada como a máxima expressão do direito individual. A nova crise atinge exatamente este direito, porque desloca o centro do sistema, quer era ordem privada, para a ordem pública, do direito individual para o coletivo.” OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia*:

políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes/FAPESP, 1999. MARÉS, Carlos Frederico. *Os direitos invisíveis*, p. 307-308.

³ “A perspectiva da liberdade não tem necessariamente de ser processual (embora os processos realmente sejam importantes, *inter alia*, para avaliar o que está acontecendo). A consideração básica, como procurei mostrar, é nossa capacidade para levar o tipo de vida que com razão valorizamos. Essa abordagem pode proporcionar uma visão do desenvolvimento bem diferente da costumeira concentração sobre PNB, progresso tecnológico ou industrialização, que têm sua importância contingente e condicional, mas não são as características definidoras do desenvolvimento.” SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 323.

⁴ “A igualdade é um ideal político popular, mas misterioso. As pessoas podem tornar-se iguais (ou, pelo menos, mais iguais) em um aspecto, com a consequência de tornar-se desiguais (ou mais desiguais) em outros. (...) Existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais.” DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 03.

⁵ Em que pese o ordenamento positivo, por vezes, estabeleça também função normativa e consultiva, tal como se depreende do artigo 23, incisos IX e XII do Código Eleitoral brasileiro – Lei n. 4.737, de 15.07.1965 – DOU 19.07.1965: “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político.”

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece à suficiência o tema: “Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou quando promove seus servidores) e que o Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência. Acresce que, para alguns, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, atividade posta a cargo do Legislativo, é exercício de função jurisdicional, irrevisível por outro Poder, de sorte que o referido corpo orgânico, além de atos administrativos, e de par com os que lhe concernem normalmente, também praticaria atos jurisdicionais. Outrossim, conforme opinião de muitos, o Judiciário exerceria atos de natureza legislativa, quais, os seus regimentos internos, pois neles se reproduziriam as mesmas características das leis: generalidade e abstração assim como o atributo de inovarem inicialmente na ordem jurídica, ou seja, de inaugurarem direitos e deveres fundados unicamente na Constituição, tal como ocorre nas leis. De seu turno, o Poder Executivo expedite regulamentos, atos que materialmente são similares às leis e, na Europa, muitos destes regulamentos inovam inicialmente na ordem jurídica, tal como o fazem as leis.

É certo, ainda, que o Executivo também decide controvérsias. É o que faz, *exempli gratia*, nos processos que tramitam perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) destinados a apurar e reprimir os comportamentos empresariais incursos em abuso de poder econômico ou nos processos de questionamento tributário submetidos aos chamados ‘Conselhos de Contribuintes’. É verdade que tais decisões só são definitivas para ela própria Administração, imutabilidade esta que alguns denominam de ‘coisa julgada administrativa’.” MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-32.

⁷ Jean Jacques Chevallier bem destaca o pensamento de Montesquieu: “Quem o diria! A própria virtude precisa de limites. Só se impede o abuso do poder quando, pela disposição das coisas, o poder detém o poder. O que supõe, não o poder único e concentrado, mas uma fragmentação do poder, e certa distribuição de poderes separados.” Observa, ainda, que “a expressão clássica separação dos poderes, aliás, nunca empregada por Montesquieu, é bem chã, bem débil para exprimir noção tão rica” CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1995, p. 139.

⁸ *Apud* MENDES, Gilmar, *et alli*. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145.

⁹ “Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.” MENDES, Gilmar, *et alli*. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146.

¹⁰ “No Livro XI do *Esprit des Lois*, Montesquieu desenvolveu a famosa doutrina de que todo bom governo se devia reger pelo princípio da divisão dos poderes: *legislativo, executivo e judiciário*. E o art. 16º da *Déclaration des droit de l’homme et du citoyen du 26 Août 1789* transformava este princípio em dogma constitucional: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*.” Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados (...). Cada poder recobriria uma função própria e sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Einsenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa. Além disso, mais do que

separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas a boca que pronunciava as palavras da lei; o poder executivo e o legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 108-109.

¹¹ “Estes novos direitos coletivos não carecem apenas de reformas profundas na estrutura do poder judiciário, mas em todo o Estado, porque seria inviável imaginar a sua realização completa sem mudanças profundas. Algumas reformas podem permitir que os direitos econômicos de grandes empresas ou mesmo de consumidor sejam atendidos, mas o essencial necessita de uma reforma ainda mais profunda. O Estado está realmente envelhecendo, a operação plástica que o neoliberalismo deseja fazer-lhe não lhe poderá curar a alma. O seu dogma mais sedimentado, a harmônica e independente divisão de poderes se vê, com a chegada destes novos direitos, em fissura latente. O direito brasileiro reconhece a existência de lacunas no sistema (o que de per si é um rompimento de dogma) e busca colmatá-las com a criação do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, tentando timidamente entregar ao Judiciário o papel de legislador, ou pelo menos de suprir a lacuna não legislada. A solução é tímida, mas a fissura está posta. A intocável divisão entre os poderes começa a ruir, é necessário, porém, cuidado: neste campo qualquer passo em falso pode levar à tirania, pondo a democracia em perigo e, se ela é posta em perigo, a transformação do Direito para garantir eficácia aos direitos coletivos é posta em risco.” OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. São Paulo: Vozes/FAPESP, 1999. MARÉS, Carlos Frederico. *Os direitos invisíveis*, p. 330-332.

¹² “O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também de sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado (conceituada antes), que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

¹³ De acordo com arguta observação de Carlos Frederico Marés: “A cultura de Estado, e o Direito que com ela foi gerado, encarnava a concepção burguesa clássica

de que não há estamentos intermediários entre o cidadão e o Estado, acabando com as corporações, coletivos, grupos homogêneos, etc. É a cultura do individualismo e do império da vontade individual. O Estado, ele mesmo passou a ser concebido como um indivíduo, uma pessoa de natureza especial, mas singular, mesmo que encarnasse ou tentasse encarnar a vontade de todos. Nesta concepção não se podia conceber enclaves de grupos humanos com direitos próprios de coletividade, não reconhecidos nem integrados no sistema da Direito estatal. Os povos indígenas deveriam ser esquecidos, para dar lugar a cidadãos livres, sempre individuais, sempre com vontade individual, pessoa. Sendo pessoa, o Estado ou o indivíduo indígena, seria titular de direitos e os teria garantidos. O índio, não o seu grupo, sua comunidade, sua tribo ou seu povo.” MAREÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 62.

¹⁴ A escala de gradações entre universalismo e relativismo radical, permeado pelo universalismo fraco ou relativismo forte foi cunhada por Jack Donnelly. DONNELLY, J. *Universal human rights in theory and in practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 15.

¹⁵ Karl Polanyi observa, a propósito, que “Nenhuma sociedade poderia sobreviver durante qualquer período de tempo, naturalmente, a menos que possuísse uma economia de alguma espécie. Acontece, porém, que, anteriormente à nossa época, nenhuma economia existiu, mesmo em princípio, que fosse controlada por mercados. Apesar da quantidade de fórmulas cabalísticas acadêmicas, tão persistentes no século dezenove, o ganho e o lucro feitos nas trocas jamais desempenharam um papel importante na economia humana. Embora a instituição do mercado fosse bastante comum desde a Idade da Pedra, seu papel era apenas incidental na vida econômica”. POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000, p. 59.

¹⁶ “A partir do século dezesseis, os mercados passaram a ser mais numerosos e importantes. Na verdade, sob o sistema mercantil, eles se tornaram a preocupação principal dos governos. Entretanto, não havia ainda sinal de que os mercados passariam a controlar a sociedade humana. Pelo contrário. Os regulamentos e regimentos eram mais severos do que nunca.” POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000, p. 69.

¹⁷ Ellen Meiksins Wood pontua, nessa toada, que “o capitalismo não apenas gerou novas e crescentes necessidades de expansão constante, mas também produziu outra forma de dominação, diferente de qualquer uma que tenha existido no passado: dominação não através do controle político e militar direto, mas através de imperativos econômicos e da subordinação ao mercado manipulado em benefício do capital imperial. Testemunha a existência dessa nova ordem mundial o fato de que as principais potências capitalistas não se engajam mais em conflitos geopolíticos e militares diretos visando a divisão do mundo colonial. Em vez disso, elas se engajam na competição econômica. Não existe ilustração mais dramática dessa mudança que a emergência da Alemanha e do Japão, com a ajuda dos seus antigos adversários, como os maiores competidores econômicos dos Estados Unidos – numa relação tipicamente

contraditória de competição e incômoda cooperação. O FMI, o Banco Mundial e o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, o precursor da OMC) foram desenhados para administrar um sistema no qual o desenvolvimento econômico mundial depende em larga medida da aceitação das condições impostas pelos Estados Unidos. Este regime é o que conhecemos por ‘globalização’”. WOOD, Ellen Meiksins. O que é o (anti) capitalismo. *Revista Crítica Marxista*, n. 17, ano 2003. São Paulo: Revan, p. 42-43.

¹⁸ “Todos os aspectos da vida que se tornam mercadorias são retirados da esfera de responsabilidade democrática e passam a atender não à vontade do povo, mas às exigências do mercado e do lucro.” WOOD, Ellen Meiksins. O que é o (anti)capitalismo. *Revista Crítica Marxista*, n. 17, ano 2003. São Paulo: Revan, p. 41.

¹⁹ Lei n. 12.016 de 07.08.2009 – DOU 10.08.2009: “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.”

²⁰ Observa o professor Carlos Frederico Marés acerca do ponto que: “Contradições muito mais complexas, porque não comportam definição jurídica prévia, são aquelas existentes no próprio seio de uma comunidade, como, por exemplo, a preservação cultural ou natural, e o chamado desenvolvimento econômico. (...) Essas contradições serão crescentes e o Direito pode resolvê-las impondo a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais, mas não poderá fazê-lo com a estrutura que tem hoje, em relação aos conflitos e se dois interesses coletivos venham a se apresentar de forma legítima.” MARÉS, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33-34.

²¹ “Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em meados da década de 1990, a globalização econômica, caracterizada pelo ‘livre comércio’, foi exaltada pelos grandes empresários e políticos como uma nova ordem que viria beneficiar todas as nações, gerando uma expansão econômica mundial cujos frutos acabariam chegando a todas as pessoas, até às mais pobres. Entretanto, um número cada vez maior de ambientalistas e ativistas de movimentos sociais logo percebeu que as novas regras econômicas estabelecidas pela OMC eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-número de conseqüências téticas, todas elas ligadas entre si – desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e a disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores.” CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 141.

²² “De feito, urge construir a concepção de cidadania jurídica ou legal. Definido-se a cidadania, a nosso ver, como o pertencer à comunidade, que assegura ao homem e a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*. A cidadania já

não está ligada à cidade nem ao estado nacional, pois se afirma também no espaço internacional. Apenas as idéias de direitos humanos e de justiça podem construí-la no sentido ontológico. Embora a cidadania seja situacional, expressando a relação com o Estado, dela se extraem as conseqüências no plano da normatividade dos direitos fundamentais e da justiça material. É interessante observar que essa reaproximação entre cidadania e direito vem sendo reclamada tanto por juristas como por intelectuais de outras áreas do pensamento. A reorientação da filosofia política e da filosofia do direito no sentido da ética, com o abandono dos pressupostos históricos que as informavam, fez com que as ciências sociais *stricto sensu* passassem do paradigma positivista e empirista para o ambiente da normatividade, que liga o direito à ética. A caminhada de Habermas, no seu livro *Faktizität und Geltung*, no campo da sociologia empírica para o da filosofia do direito e da ética do discurso sintetiza esse novo momento em que o vértice da reflexão sobre o Estado e a Sociedade Civil se apóia na temática dos direitos e da justiça. A ‘virada kantiana’, ou seja, o retorno do pensamento ocidental nas últimas décadas ao imperativo categórico de Kant, que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como imperativo categórico jurídico, serve de pano de fundo para a renovação do debate.” TORRES, Ricardo Lobo *et alli*. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 251-253.

²³ Rogério Gesta Leal, analisando especificamente o tema do impacto econômico das decisões judiciais, observou, a propósito, que “No campo do Direito à saúde, por exemplo, já tive oportunidade de demonstrar que, por ser este um bem jurídico social, o esgotamento de recursos financeiros, bloqueados por decisões judiciais para o atendimento de algumas demandas que acorrem ao Poder Judiciário, pode tanto inviabilizar políticas públicas preventivas e curativas do Poder Executivo e Legislativo na área da saúde, como pode também esvaziar os cofres públicos para outras políticas igualmente importantes à Sociedades (segurança, educação, transporte, etc.)”. LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 67.

²⁴ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown & Co., 1977, p. 16.

²⁵ CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilita civile: analisi econômico giurídica*. Milano: Giuffre, 1975, p. 419.

²⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 23, observa, a propósito, citando Gary Miranda, que “esta geração buscava substituir as incertezas da teoria do direito jusnaturalista por outra mais objetiva e segura, outorgada pelo positivismo liberal de ciências mais empíricas e mensuráveis. Para tanto, utilizaram o modelo dos atores racionais do comportamento humano para analisar argumentos não econômicos envolvendo discriminação, a família e o próprio direito”.

²⁷ Ainda LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 23, citando Miranda,

pontua que “Este modelo de ator racional oportunizou a constituição de três conceitos fundamentais à análise do direito pela economia: a) a lei da oferta e procura, quer terá impactos materiais significativos nas relações intersubjetivas, notadamente em nível de negócios jurídicos; b) a lei do custo-oportunidade que vai sensibilizar os operadores do direito às circunstâncias que permeiam as relações jurídicas; c) a lei da eficiência econômica, no sentido de que o uso dos recursos naturais e produzidos deve se pautar pelas possibilidades instituídas pelo mercado, gerando perspectivas demasiadamente redutoras do fenômeno social e jurídico às contingências do mercado”.

²⁸ Capitaneado, nesse particular, por julgados oriundos da Corte Suprema Norte-Americana relativos aos direitos civis e sociais, notadamente sob a presidência do Chief-Justice Warren. LEAL, Rogério Gesta. *Ibidem*, p. 26.

²⁹ Lewis Kornhauser, citado por Rogério Gesta Leal, LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 27, propõe “identificar a teoria da segunda geração da LE a partir de quatro premissas estruturantes: (a) Tese Comportamental, segundo a qual a economia pode oferecer uma teoria útil às predições do comportamento regulado pelo direito; (b) Tese Normativa, na qual o direito deve ser eficiente (sob a perspectiva de atingir resultados no menos espaço de tempo e com o menor custo); (c) Tese Factual ou Positiva, que preconiza a estrutura e funcionamento da Common Law como a mais capaz de alcançar a eficiência referida; (d) Tese Genética, pela qual a Common Law seleciona normas eficientes, bem como cada norma individual deve sê-lo”.

³⁰ *Ibidem*, p. 28.

³¹ Tais como a teoria das escolhas públicas e a teoria da dependência da rota, aquela primando pela redução do ativismo judicial frente às ações hauridas do parlamento e esta pontuando que o sistema comunitário pode ensejar, em vista dos precedentes, discrepâncias com a realidade em que se aplicam. *Ibidem*, p. 26 e 29.

³² “Com lastro nas investigações de Douglas North e Oliver Williamson, adotando ainda o conceito de racionalidade limitada de Herbert Simon, esta linha de pesquisa social rejeita a premissa de hiper-racionalidade das escolas econômicas neoclássicas, responsável pela geração de comportamentos maximizadores do bem estar e crescimento econômico equilibrado socialmente, acreditando que há falhas de mercado assim como há falhas organizacionais e institucionais, provocadas por níveis de tensões e conflitos incontroláveis entre pessoas (físicas e jurídicas) na realidade cotidiana.” *Ibidem*, p. 32.

³³ *Ibidem*, p. 32.

³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 07: “(...) as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos

princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.”

³⁵ Entre várias, notadamente a tese da resposta certa, por meio da qual o juiz, ao decidir, tem sempre em mira a melhor opção; o direito em cadeia (chain of law), entendendo que o direito há de ser visto como conceito interpretativo ao lado da justiça e da equidade; e a teoria do direito como integridade. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 112, 261 e 272. e DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 135, 167 e 171.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 331.

³⁷ “A institucionalização (de uma rede) de discursos (e negociações) tem de se orientar em primeira linha de acordo com o objetivo de cumprir de maneira mais ampla possível os pressupostos pragmáticos comuns de argumentos em geral (acesso universal, participação sob igualdade de direitos e igualdade de chances para todas as contribuições, orientação dos participantes em direção ao entendimento mútuo e incoerção estrutural). A instituição dos discursos, portanto, deve assegurar tanto quanto possível, sob as restrições temporais, sociais e objetivas dos respectivos processos decisórios, o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, de maneira que possa entrar em ação a força racionalmente motivadora do melhor argumento (da contribuição convincente ao tema relevante).” *Idem*, p. 330.

³⁸ *Apud*, LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea – uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

³⁹ *Idem*, p. 64.

⁴⁰ “Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimento que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.” *Idem*, p. 65.

⁴¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991, p. 22-23. “A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”

⁴² “Este modelo de Estado Centralizador vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação de Poderes que informa o constitucionalismo moderno,

a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração, com competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento político destas questões, atribuindo-lhes tão-somente feições tecno-burocráticas.” LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, p. 18.

⁴³ A expressão fora cunhada por Boaventura Sousa Santos, citado por LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, p. 19-20, que, aliás, acrescenta pertinente comentário a respeito, destacando que “Esta crise de administração da justiça, na verdade, toma contornos mais amplos e profundos, uma vez que está em jogo e na arena pública do debate mais politizado do país questões que tocam a identidade e a vocação política do judiciário, em face de um cenário societário de complexas conflituosidades (já não mais tanto individuais, mas sociais e coletivas, envolvendo direitos difusos, de gênero, de raça, etnia, sexuais, etc.), que não dependem exclusivamente de decisões coercitivas do Estado às suas soluções”.

⁴⁴ STF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 29.04.2004 – DJ 84, de 04.05.2004, p. 12.

⁴⁵ STJ – Recurso Especial n. 753565/MS (2005/0086585-2), Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007, unânime, DJ 28.05.2007.

⁴⁶ Recurso Especial n. 511.645/SP (2003/0003077-4), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin. j. 18.08.2009, unânime, DJe 27.08.2009; Recurso Especial n. 492904/SP (2002/0150528-4), 1ª Turma do STJ, Rel. Luiz Fux. j. 01.03.2007, unânime, DJ 11.06.2007; Recurso Especial nº 562501/SP (2003/0030655-5), 2ª Turma do STJ, Rel. Humberto Martins. j. 01.03.2007, unânime, DJ 12.03.2007.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilita civile: analisi econômico giurídica*. Milano: Giuffrè, 1975.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1995.

DONNELLY, J. *Universal human rights in theory and in practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2003

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.
- LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.
- _____. *O Estado-juiz na democracia contemporânea – uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.
- MARÉS, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.
- MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar, et alli. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. São Paulo: Vozes/FAPESP, 1999. MARÉS, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown & Co., 1977.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo et alli. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- WOOD, Ellen Meiksins. *O que é o (anti)capitalismo*. Revista Crítica Marxista, n. 17, ano 2003. São Paulo: Revan.

O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB O PRISMA DA ADMINISTRAÇÃO

MARIANA DA COSTA TURRA BRANDÃO

Assessora Jurídica do quadro e Pregoeira do Tribunal de Justiça do Paraná

EXCERTOS

“Pode ensejar o reequilíbrio a ocorrência de fatos previsíveis ou de efeitos previsíveis que dão azo à repactuação e à revisão; esta normalmente se faz por índices pré-estabelecidos”

“A Lei de Licitações não prevê que o reequilíbrio deva favorecer unicamente o particular, embora seja esta a primeira interpretação que se faz do instituto, visto como ferramenta para proteger os interesses deste e frear a atuação do poder público, detentor de prerrogativas contratuais, bem como guarnecer esse mesmo particular dos efeitos de medidas de impacto econômico, alheias à avença ou mesmo de situações imprevistas ou imprevisíveis”

“A doutrina distingue o interesse público primário do interesse público secundário. O interesse público primário reflete o interesse do conjunto social, a resultante da somatória dos interesses individuais. Consoante expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello é a ‘dimensão pública dos interesses individuais’. O interesse público secundário, por sua vez, reflete os interesses do aparelho estatal, do Estado como pessoa jurídica dotado de interesses próprios”

“Mesmo o interesse privado da administração, interesse público secundário, não pode ser ignorado, uma vez que os recursos administrados pelo aparelho estatal são públicos e não podem ser desperdiçados. Logo, a administração ao se deparar com uma situação em que a equação econômica se desequilibre em seu desfavor não pode se quedar inerte”

“A manutenção de condições que se tornaram desfavoráveis ao erário em razão da efetiva redução dos custos que compõem o preço, da deflação, ou mesmo pelo descompasso entre a contraprestação paga e os preços praticados no mercado, vai de encontro ao interesse público”

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo pressupõe a manutenção da equivalência material entre o preço avençado e a contraprestação contratada durante toda a execução, encontrando previsão no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e na Lei 8.666/93.

Em se tratando da recomposição do equilíbrio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ informa que, partindo do particular, a recomposição da equação econômica pode ocorrer nas hipóteses de força maior, álea administrativa e álea econômica. A álea administrativa engloba o poder de alteração unilateral do contrato pelo Estado, o ‘fato do príncipe’, que corresponde às medidas tomadas pela administração no uso de seu poder de império, e o ‘fato da administração’, que constitui ação ou omissão do Estado que incida diretamente sobre o contrato. A álea econômica, que assegura o direito ao reequilíbrio, corresponde às circunstâncias externas ao contrato, excepcionais, imprevisíveis.

Também pode ensejar o reequilíbrio a ocorrência de fatos previsíveis ou de efeitos previsíveis que dão azo à repactuação e à revisão; esta normalmente se faz por índices pré-estabelecidos.

A Lei de Licitações não prevê que o reequilíbrio deva favorecer unicamente o particular, embora seja esta a primeira interpretação que se faz do instituto, visto como ferramenta para proteger os interesses deste e frear a atuação do poder público, detentor de prerrogativas contratuais, bem como garantir esse mesmo particular dos efeitos de medidas de impacto econômico, alheias à avença ou mesmo de situações imprevistas ou imprevisíveis.

Ocorre que o reequilíbrio também deve acobertar a administração quando da ocorrência de fatos imprevisíveis ou imprevistos que alterem a equação em seu desfavor, posto que o contrato administrativo se desequilibra quando o lucro pretendido pelo particular é excessivamente minorado assim como quando é excessivamente e injustificadamente aumentado às custas do poder público, indo de encontro ao interesse público.

A doutrina distingue o interesse público primário do interesse público secundário. O interesse público primário reflete o interesse do conjunto social, a resultante da somatória dos interesses individuais. Consoante expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello é a “dimensão pública dos interesses individuais”². O interesse público secundário, por sua vez, reflete os interesses do aparelho estatal, do Estado como pessoa jurídica dotado de interesses próprios.

Mesmo o interesse privado da administração, interesse público secundário, não pode ser ignorado, uma vez que os recursos administrados pelo aparelho estatal são públicos e não podem ser desperdiçados. Logo, a administração ao se deparar com uma situação em que a equação econômica se desequilibre em seu desfavor não pode se quedar inerte.

Di Pietro ressalva:

“Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública; ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público”³.

Paulo Moreno Carvalho e Perpétua Leal Ivo Valadão, procuradores do Estado da Bahia, sustentaram em artigo publicado na *Revista da PGE*, janeiro/dezembro de 2000 que:

“A experiência na observação tem demonstrado a possibilidade de que o Estado, legitimamente, possa buscar a redução do preço. Justifica-se tal situação, sobretudo, quando se verifique a efetiva redução dos custos que compõem o preço ou quando haja deflação, ou ainda quando exista descompasso entre a contraprestação paga e os preços praticados no mercado” (grifo nosso).

A manutenção de condições que se tornaram desfavoráveis ao erário em razão da efetiva redução dos custos que compõem o preço, da deflação, ou mesmo pelo descompasso entre a contraprestação paga e os preços praticados no mercado, vai de encontro ao interesse público.

Um contrato excessivamente oneroso para a administração acaba por desfaltar o patrimônio público, de modo que, evidenciado o desequilíbrio em desfavor da administração, deve esta buscar a revisão do contrato em atenção aos princípios da moralidade pública, razoabilidade e eficiência.

Não se olvide que todos os princípios consagrados na Constituição possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei Fundamental.

O professor Marçal Justen Filho sustenta:

“Havendo deflação ou redução de custos aplicar-se-ão os mesmos princípios e postulados em favor da administração. Deverá promover-se a redução dos preços para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação”⁴.

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União, conforme voto do ministro Valmir Campelo:

“43. Conforme DI PIETRO (Direito Administrativo, 16a. ed. Ed. Atlas), a prerrogativa de modificação unilateral dos contratos com a intenção de melhor adequá-lo às finalidades do interesse público obriga a administração a restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. ‘Essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático. (...) No contrato entre particulares, a alteração não consentida por ambas as partes caracteriza inadimplemento contratual pelo qual responde o particular; no contrato administrativo, esse inadimplemento só ocorre se a alteração decorrer de ato do particular, hipótese em que ele arcará com todas as consequências legais.’

44. Assim como ocorre a repactuação do contrato quando há um desequilíbrio a favor do particular, por analogia, há a necessidade de modificação do instrumento contratual no caso de favorecer a Administração. Ainda segundo JUSTEN FILHO (op. cit.), quando ocorrer o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, ‘deverá examinar-se a situação originária (à época da apresentação das propostas) e a posterior. Verificar-se-á se a relação original entre encargos e remuneração foi afetada. Em caso positivo, deverá alterar-se a remuneração do contratado proporcionalmente à modificação dos encargos.’ Continua o autor explanando o tema, esclarecendo que, ‘havendo deflação ou redução de custos, aplicar-se-ão os mesmos princípios e postulados em favor da Administração. Deverá promover-se a redução dos preços para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação’.

(‘omissis’)

47. Essa alteração nos custos dos insumos realmente deve ser computada como diminuição no preço e ser realizada a repactuação para refletir essa alteração. Há uma obrigação por parte da administração em verificar os custos dos serviços fornecidos e, caso seja significativamente menor o valor de algum serviço, em

Depois de assinado o contrato, qualquer modificação que altere o equilíbrio econômico-financeiro deve ser prontamente analisada e uma imediata repactuação deve ocorrer

desacordo com o estabelecido no contrato, deverá demandar a repactuação do contrato conforme o decréscimo correspondente. Como já visto, foi responsabilizado o gestor do contrato por não ter exigido a devida repactuação.

48. Portanto, depois de assinado o contrato, qualquer modificação que altere o equilíbrio econômico-financeiro da avença deve ser prontamente analisada e uma imediata repactuação deve ocorrer. Isso deve ser seguido por ambos os lados atinentes ao celebrado. Por isso, a alegação de que itens de produtos derivados do petróleo e de cimento tiveram aumentos muito maiores que os índices de reajuste acordados pode gerar a necessidade de repactuação do contrato, desde que haja a apresentação de documentação ao órgão para que fique demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.”⁵

Esse entendimento consta também no Acórdão 297/2005 do Plenário da referida corte de contas:

“Observe o disposto na Lei 8.666/1993, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto na referida Lei (art. 65), lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea ‘d’, c/c § 5º, do art. 65 da mencionada Lei”.

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), empresa pública nacional, constituída nos termos da Lei 5.862, de 12 de dezembro de 1972, vinculada ao Ministério da Defesa, já consolidou este entendimento, tendo, de forma louvável, previsto em regulamento que:

“A repactuação ou revisão poderá ensejar a redução ou majoração do valor do contrato. (...) A INFRAERO poderá também propor a repactuação ou revisão de preços à contratada, desde que se faça necessário recompor a equação do contrato em favor da Administração, para adequá-lo às reais condições ajustadas inicialmente” (dispositivos 24.7 e 24.9 da NI – 6.01/D (LCT) aprovada em 13/JUL/2007).

Destarte, considerando que o ordenamento não veda a recomposição da equivalência material entre prestação e contraprestação em favor da administração pública e considerando que esta não tem a livre disponibilidade do interesse público, conclui-se que o poder público tem o dever de buscar a recomposição do equilíbrio econômico dos contratos em que figure como parte.

Notas

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2004, p. 264.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 50.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 263.

⁴ JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 536.

⁵ ACÓRDÃO N. 1.165/2005 – TCU – PLENÁRIO – Ministro Valmir Campelo.

EM
DESTAQUE

MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES

(Centenário do seu
nascimento)

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
Desembargador Federal do TRF/4ª Região

EXCERTOS

“Com efeito, após 44 anos dedicados exclusivamente à magistratura, atingira o cume de sua vitoriosa carreira, repetindo, no plano nacional, a consagração que obtivera em seu estado natal, o Rio Grande do Sul”

“Todas as suas promoções na carreira sempre foram movidas pelo impulso nobilitante do merecimento, num claro reconhecimento das suas marcantes qualidades de julgador”

“Favorecia-o conhecimento de línguas, inclusive o latim, que lhe permitia o acesso direto à literatura especializada dos países mais adiantados, ensejando-lhe ao longo de sua vida a formação de uma qualificada e respeitável biblioteca”

“O Ministro Carlos Thompson Flores distribuiu justiça sem os excessos da mediocridade exibicionista, praticou o bem sem alardes; elevou o conceito de nossa Pátria, honrou a sua toga, impôs-se ao respeito e admiração dos seus pares e jurisdicionados, avassalou os corações de quantos serviram ao seu lado e sobretudo os dos que continuarão a fruir o proveito dos seus ensinamentos”

“Justiça que brote de Juizes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sint-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, ‘Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos’.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.”

Ministro Carlos Thompson Flores

Ao discursar na homenagem a Carlos Thompson Flores, em 14 de fevereiro de 1977, que então se empossava na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves teve oportunidade de dizer, em análise percuciente, a propósito de sua personalidade como magistrado nestas palavras consagradoras, *verbis*:

“Neste ano e meio em que tenho a honra de integrar esta Casa, servindo na Turma a que até agora Vossa Excelência presidia, pude sentir de perto, em convivência quase diária, a justiça que se lhe tem feito ao longo de sua vida de magistrado. Tenho-o, Sr. Min. THOMPSON FLORES, por modelo de juiz. Vossa Excelência, no exercício da judicatura, revela não limitar-se a possuir aquelas qualidades que MURATORI, apoiado nas santas escrituras e veemente na crítica aos juristas, exigia dos juizes: o saber, para bem aplicar as leis; o amar a verdade, para poder distingui-la do erro; o temor a Deus, para não deixar-se levar pelo ódio, medo, cupidez ou qualquer outra inclinação; o desprezar as posições e regalias, para ser imparcial. A esses atributos, acrescenta-se, em Vossa Excelência, um outro: o exercer a magistratura como sacerdócio, com o amor de quem nela, e só por ela, realiza o ideal de suas aspirações.”¹

Logo em seguida, o Procurador-Geral da República, o Professor Henrique Fonseca de Araújo, em nome do Ministério Público Federal, traduziu, com estas belas e significativas orações, os mesmos sentimentos, *verbis*:

“Tanto impressionou-me o espírito de justiça de que impregnava seus pronunciamentos, que disse certa vez à Sua Excelência, que, se porventura, um dia fosse eu réu em um processo, o escolheria para juiz, renunciando previamente a qualquer recurso.

Não tive motivos, continuando a acompanhar-lhe a judicatura, muito especialmente neste colendo Tribunal, para alterar, antes para confirmar esse juízo que, de resto é o de todos que o tem visto atuar como magistrado.

Em Sua Excelência, nos seus julgamentos tenho encontrado a confirmação do que ensina RECASENS SICHES, de que a lógica jurídica não é igual ao tipo de lógica matemática, porque é a lógica do razoável. A sentença, na sua elaboração, não obedece necessariamente ao clássico silogismo. Porque, ‘sentença’, já na sua etimologia latina, vem do verbo ‘sentice’, o que equivale dizer, experimentar uma espécie de emoção, dir-se-ia, uma espécie de intuição emocional. Juiz, ao conhecer dos fatos, forma, antes de mais nada, sua conclusão, pelo seu inato espírito de justiça, numa demonstração de que o ‘decisum’, em regra, se estabelece no espírito do juiz, antes dos ‘consideranda’. Essa, também, a opinião de CALAMANDREI.

O eminente Min. THOMPSON FLORES sente, intuitivamente, onde está a Justiça. Se algo caracteriza sua personalidade de magistrado é esse inato espírito de justiça, servido por um caráter incorruptível e inamoldável, onde a bravura e o destemor não chegam a ressaltar por sua naturalidade.

Contra os poderosos do dia, presidiu, certa feita, como Juiz, júri de imprensa. E contra tudo e contra todos, levou o Tribunal à unânime decisão condenatória, que lhe valeu ameaças e insultos, que em nada alteraram sua conduta.

Por suas qualidades é que, sem bairrismo, nós, rio-grandenses do Sul, nos orgulhamos do Min. THOMPSON FLORES.”²

Com efeito, após 44 anos dedicados exclusivamente à magistratura, atingira o cume de sua vitoriosa carreira, repetindo, no plano nacional, a consagração que obtivera em seu estado natal, o Rio Grande do Sul.

Quanto mais se examina a vida de Carlos Thompson Flores, mais se revela a sua vocação para a função de juiz.

Por certo, herdou-a de seu avô, o também Desembargador Carlos Thompson Flores, fundador e primeiro Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Presidente da Província no Império, parlamentar, constituinte em 1891 e membro do Tribunal de Justiça tão logo proclamada a República.

Aos 26 de janeiro de 1911, há cem anos, nasceu Carlos Thompson Flores na cidade de Montenegro, no Estado do Rio Grande do Sul.

Filho do político e advogado Luiz Carlos Reis Flores, e de Dona Francisca Abbott Borges Fortes Flores, foram os seus avós paternos o Desembargador Carlos Thompson Flores e Dona Luíza Elvira Reis Flores, filha do Barão de Camaquã, um dos comandantes militares da Guerra do Paraguai; pelo lado materno, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, político e magistrado no Império e Dona Ofélia Abbott Borges Fortes, irmã do ex-Ministro da República e ex-governador, Dr. Fernando Abbott.

O Ministro Carlos Thompson Flores é descendente de algumas das mais ilustres e antigas famílias do Brasil que forneceram ao nosso país políticos do mais alto relevo, como o Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, Presidente da República, diplomatas como o embaixador Carlos Martins Thompson Flores, médicos como o Conselheiro do Império Dr. Jonathas Abbott, considerado por muitos o maior luminar da ciência médica brasileira no século XIX.

Destacam-se, ainda, o Coronel Thomaz Thompson Flores, herói da Guerra de Canudos, cujos feitos são relatados por Euclides da Cunha na obra clássica “Os Sertões”; o Ministro Francisco Thompson Flores, Ministro do Tribunal de Contas da União que, em 1937, como relator das contas do Presidente Getúlio Vargas, levou a Corte de Contas a manifestar-se pela rejeição das contas do Presidente da República, em decisão sem precedentes na história daquele Tribunal.

É descendente direto do bandeirante Raposo Tavares, um dos fundadores do Brasil, e de Dionísio Rodrigues Mendes, um dos primeiros povoadores do Rio Grande do Sul, cuja fazenda, em meados do século XVIII, situava-se em terras onde hoje se localiza o Município de Porto Alegre.

Todas as suas
promoções na
carreira sempre
foram movidas
pelo impulso
nobilitante do
merecimento

Uma das fazendas de seu bisavô, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, notável político do segundo reinado, hospedou o Imperador D. Pedro II e toda a sua comitiva, no ano de 1865, em São Gabriel, quando de sua visita à Província de São Pedro.

Corre em suas veias o nobre sangue da família Leme, de São Paulo, que deu ao Brasil homens como o Cardeal D. Sebastião Leme, que desempenhou papel decisivo para o favorável desfecho da Revolução de 1930, ao convencer o Presidente deposto Washington Luís Pereira de Sousa a partir para o exílio.

São, ainda, seus primos o Almirante Diogo Borges Fortes, Ministro e Presidente do Superior Tribunal Militar, o General Carlos Flores de Paiva Chaves, o primeiro militar brasileiro a comandar tropas da ONU – comandou a Faixa de Gaza nos anos cinquenta –, o Almirante Joaquim Flores do Rêgo Monteiro, formado em Engenharia Naval na Inglaterra e um dos pioneiros no país nessa importante modalidade de engenharia, e o Embaixador Francisco Thompson Flores, um dos responsáveis pela criação e instalação do Mercosul, quando embaixador em Buenos Aires.

Essas, em síntese, são as origens familiares de Carlos Thompson Flores.

O homem, disse-o Antonio Joaquim Ribas, em sua biografia de Campos Salles, *é um ser sucessivo, cuja alma contém, algumas vezes, as virtudes de cem gerações*.³

Como nos minerais e vegetais, prossegue o notável biógrafo, a natureza elabora, longa e surdamente, as suas obras primas na humanidade.

Eis porque assinalamos que nos seus antepassados já se revelavam as altas virtudes que, aperfeiçoadas pelo estudo e meditação, destinaram-no às mais elevadas posições na administração da nossa Nação.

A l'origine d'une vocation, recorda Roger Martín Du Gard, *il y a presque toujours un exemple*.

Em 1951, Carlos Thompson Flores é promovido para a Capital e, posteriormente, designado para a Vara dos Feitos da Fazenda Pública, desaguadouro dos grandes nomes da magistratura riograndense.

Em 13 de abril de 1953, é convocado para substituir o Desembargador Homero Martins Batista sendo, logo a seguir, em 3 de junho, promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça, com 42 anos de idade, o mais moço na época.

Todas as suas promoções na carreira sempre foram movidas pelo impulso nobilitante do merecimento, num claro reconhecimento das suas marcantes qualidades de julgador.

No Tribunal de Justiça, foi eleito para o cargo de Corregedor-Geral da Justiça, tendo-o exercido por dois períodos consecutivos, deixando ditas funções para compor a 4a. Câmara Cível, em março de 1960.

No Tribunal Regional Eleitoral, exerceu os cargos de Vice-Presidente e Presidente.

A sua atividade, porém, não se restringiu à magistratura.

Realmente, durante muitos anos professou a cadeira de Processo Civil no Curso de Formação de Magistrados mantido pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.

Designado mediante eleição, representou o Tribunal de Justiça no Congresso de Juristas em comemoração do Centenário de Clóvis Beviláqua, realizado na cidade de Fortaleza, em 1958.

Da mesma forma, representou o Tribunal de Justiça perante a III Conferência Nacional de Desembargadores, realizada em 1964, na cidade do Rio de Janeiro, quando foi distinguido por seus pares para presidir uma das quatro comissões – a de processo civil –, escolhendo como seu secretário o Professor Alfredo Buzaid.

Essa comissão debateu a fundo o anteprojeto do Código de Processo Civil, sendo que várias de suas sugestões foram incorporadas ao mencionado projeto de codificação.

Foi eleito vice-presidente do Tribunal no período de 1964-65 e, posteriormente, Presidente no biênio 1966-68.

Os seus elevados méritos levaram o Tribunal, por unanimidade, a quebrar o critério da antiguidade e elegê-lo Presidente da Corte antes de chegar a sua vez pelo rodízio tradicional, pois reconheceram os seus integrantes que o Desembargador Thompson Flores era, na oportunidade, a pessoa certa para promover as reformas que o Judiciário gaúcho necessitava.

Com efeito, na chefia do Poder Judiciário Estadual empenhou-se decididamente na superação dos entraves que há décadas emperravam o judiciário gaúcho com as seguintes medidas: criou a Revista de Jurisprudência do Tribunal; instituiu os boletins de jurisprudência da Corte distribuídos quinzenalmente aos desembargadores, providência essa que, posteriormente, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, difundiu na Suprema Corte e em todos os Tribunais do país; promoveu a elaboração de um novo Código de Organização Judiciária; encaminhou sugestões à reforma da Constituição Estadual, em atendimento à adaptação à Constituição Federal de 1967; dinamizou e concluiu as obras do Palácio da Justiça, paralisadas há mais de dez anos; garantiu a ampliação dos quadros de pessoal da Secretaria do Tribunal,

por meio da Lei nº 5.668/67; criou a assessoria de imprensa do Tribunal, iniciativa pioneira para divulgar à sociedade as atividades do Judiciário, tornando-o mais conhecido da população; procurou as faculdades de direito dialogando diretamente com os estudantes para sensibilizá-los no ingresso à magistratura.

Prestes a cumprir o seu mandato, é nomeado pelo Presidente Costa e Silva ministro do Supremo Tribunal Federal, na vaga do Ministro Prado Kelly, por decreto de 16 de fevereiro de 1968.

A sua posse deu-se em 14 de março, nela comparecendo o que havia de mais representativo da cultura jurídica e do cenário político do Rio Grande do Sul, fruto da fama do juiz excepcional que, em seu estado de origem, conquistara, tendo o respeito e admiração de seus coestaduanos face às suas qualidades de inteligência, independência, cultura, honradez e trabalho.

No Supremo Tribunal Federal, permaneceu cerca de treze anos, ratificando o alto conceito de que viera precedido.

Seria dar incontável extensão ao presente texto se, porventura, se quisesse examinar em pormenores o brilho da judicatura do Ministro Thompson Flores na Suprema Corte.

Os seus votos, em geral, não eram muito extensos, mas profundos, valendo-se da melhor doutrina, desvendando o âmago da causa numa síntese admirável de exatidão e brilho.

Já foi dito, e não constitui originalidade, que a jurisprudência não é mais do que a luta do bom senso contra a cegueira dos princípios absolutos.

Os exageros são perniciosos.

O bom magistrado não se define em fórmula matemática, razão pela qual o ato de julgar constitui acima de tudo uma arte.

Nesse sentido, a velha mas sempre nova lição do Juiz Ransson, *verbis*:

“Si la connaissance du droit est une science, il est permis d’affirmer sans présomption que la manière de l’appliquer constitue véritablement un art.”⁴

Cabe ao juiz ir dizendo, em face dos fluxos e refluxos da vida em sociedade, onde acabam os direitos e começam os abusos, até que ponto o expandir-se de cada atividade não se converte em obstáculo ao conceito das demais atividades, assinalando as dissonâncias e os exageros, corrigindo, notificando, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis do país.

Em meio século de judicatura, não houve campo da Ciência Jurídica, seja no Direito Público, seja no Direito Privado, que não a perlustrasse o Ministro Thompson Flores, com o devotamento, a competência e a proficiência que todos lhe reconhecem, fruto direto de sua reconhecida arte de julgar.

Por outro lado, convencido do papel saliente que representa nos meios de expressão do pensamento o emprego conveniente dos vocábulos, os seus pronunciamentos e votos primavam pela excelência da redação.

Seguia, no ponto, o conselho de Cícero, “*utimur verbis (...) iis quae propria sunt*”⁵ e “*non erit utendum verbis iis quibus iam consuetudo nostra non utitur*”⁶ e, ainda, “*moneo ut caveatis, ne exilis, ne inculta sit vestra oratio, ne vulgaris, ne obsoleta*”⁷.

Favorecia-o conhecimento de línguas, inclusive o latim, que lhe permitia o acesso direto à literatura especializada dos países mais adiantados, ensejando-lhe ao longo de sua vida a formação de uma qualificada e respeitável biblioteca.

Nesse ponto, importa referir a lição do notável Juiz Learned Hand quando enfatiza a necessidade da maior ilustração por parte do magistrado, notadamente quando julga questões constitucionais.

São suas palavras, *verbis*:

“I venture to believe that it is as important to a judge called upon to pass on a question of constitutional law, to have at least a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare and Milton, with Machiavelli, Montaigne and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant, as with the books which have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the questions before him.

*The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. Men do not gather figs of thistles, nor supply institutions from judges whose outlook is limited by parish or class. They must be aware that there are before them more than verbal problems; more than final solutions cast in generalizations of universal applicability. They must be aware of the changing social tensions in every society which make it an organism; which demand new schemata of adaptation; which will disrupt it, if rigidly confined.”*⁸

No Supremo Tribunal Federal, permaneceu cerca de treze anos, ratificando o alto conceito de que viera precedido

Os que conheceram e tiveram o privilégio de conviver com Carlos Thompson Flores são uníssonos sobre as virtudes e qualidades de sua personalidade, o seu cavalheirismo, a cortesia no trato com os colegas e as pessoas de modo geral.

Dele traçou retrato fiel o saudoso Ministro Adalácio Nogueira, em suas conhecidas memórias, *verbis*:

“Thompson Flores é uma perfeita vocação de magistrado. Talvez que lha houvesse transmitido o seu avô paterno e homônimo, Desembargador Carlos Thompson Flores. Esse pendor irresistível, ele o tem patenteado no decurso da sua longa e profícua carreira. O escrúpulo extremo com que ele costuma resguardar a sua vida profissional coloca-o acima de quaisquer suspeitas, que lhe possam desfigurar a atitudes.

Na pequenez do seu físico pulsa a vibração de uma inteligência vivaz e reside a amplitude de uma cultura esmerada. Debalde a modéstia que o envolve busca velar essas riquezas do seu espírito, porque estas, através da simplicidade dos seus hábitos, transparecem aos olhos de todos.

Participando no Supremo Tribunal da 2ª Turma, a que eu em determinado período presidi, foi-me dado ouvir os pronunciamentos que ele emitia, cinzelados em forma translúcida e moldados na mais escorreita doutrina jurídica. A par disso, a atividade febril com que ele se vinculava a um labor incansável possibilitava-lhe estar sempre em dia com o serviço forense.

No convívio com os colegas, ele sempre lhes dispensou um tratamento cortez e delicado, jamais se lhe notando, em relação a eles, um simples gesto de antipatia ou desagrado, porque, em verdade, isso não condiria com a nobreza dos seus sentimentos.”⁹

Nesse sentido, também, o Ministro Soares Muñoz quando, em nome da Corte, proferiu o discurso em homenagem ao Ministro Thompson Flores, por ocasião de sua aposentadoria, *verbis*:

“O Ministro Thompson Flores exerceu todos os cargos administrativos que a alta magistratura do País pode proporcionar. Integrou as três comissões regimentais, foi Vice-Presidente e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e, por igual, Vice-Presidente e Presidente do Supremo Tribunal Federal. No desempenho dessas funções, que impõem deveres complexos e difíceis e as responsabilidades mais sérias e excelsas, sempre se houve com invulgar êxito. Recebeu todas as dignidades a que um magistrado pode aspirar e soube realçá-las, inclusive, com a sua dignidade pessoal e funcional. Tudo fez em

prol do Poder Judiciário, para que fosse distribuída a melhor justiça, aquela que ele idealizava:

‘Justiça que brote de Juizes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sint-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, ‘Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos’.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.’

Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não deflui, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram-lhe também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em consequência aposentado compulsoriamente. Cumpriu-se, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.”¹⁰

Preocupado com o crescente peso das atividades do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Thompson Flores elaborou várias propostas no sentido de evitar que o congestionamento dos trabalhos do Tribunal se tornasse invencível.

Foi de sua iniciativa a proposta que deu origem ao § 1º do art. 119 da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda nº 1/69, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para indicar, em seu regimento interno, as causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d”, do mencionado artigo.

Com fundamento nesse dispositivo da Constituição foi que o Supremo Tribunal Federal instituiu, em 1975, a relevância da questão federal como condição de admissibilidade do recurso extraordinário.

Nesse sentido, também, a seção concernente ao recurso extraordinário do CPC de 1973 partiu de proposta por ele elaborada.

Eleito pelo Supremo Tribunal Federal, presidiu a Comissão que elaborou o célebre Diagnóstico do Poder Judiciário, composto de 94 volumes anexos, tido até hoje como o estudo mais completo acerca dos males que afligem a Justiça Brasileira.

Esse trabalho notável, publicado na íntegra pela *Revista Forense*, v. 251, pp. 7 e seguintes, subsidiou o legislador constituinte quando da edição da Emenda Constitucional nº 7/77, que estabeleceu a Reforma do Judiciário.

Para o devido registro da história do Poder Judiciário, convém recordar a introdução desse importante documento, *verbis*:

“A honrosa visita de cortesia do Sr. Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, no dia 16 de abril de 1974, revestiu-se do caráter de profícuo encontro entre o Chefe do Poder Executivo e a mais alta hierarquia do Poder Judiciário, para declarações concordantes dos dois Poderes, da maior relevância para a justiça e, portanto, para a Nação. Afirmaram-se naquele diálogo: a necessidade e oportunidade de reforma do Poder Judiciário; a disposição de fazer o Governo do Presidente ERNESTO GEISEL o que puder para o aprimoramento dos serviços da justiça; a conveniência de prévia fixação, pelo próprio Poder Judiciário, do diagnóstico da justiça, mediante o levantamento imediato dos dados e subsídios necessários.

Em decorrência do interesse do Governo, na reforma, o senhor Ministro ARMANDO FALCÃO entrou em entendimento com o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, presidente do Supremo Tribunal

Federal. Ficou assentado, nessa ocasião, que, inicialmente, o Poder Judiciário procederia aos imprescindíveis estudos, em cada área de atividade jurisdicional, na medida em que aos Tribunais parecesse recomendável a ação reformadora.

2. Para desempenhar-se do encargo, foram solicitadas às justiças especiais e à justiça comum estatísticas, informações e sugestões, bem como a contribuição de universidades, de associações de classe, de magistrados, advogados e outros juristas.

Os dados e as opiniões obtidos constam de noventa e quatro volumes anexos. Foram apresentados relatórios parciais, relativos à Justiça Federal, à Justiça Militar, à justiça do Trabalho, à justiça Eleitoral, às Justiças dos Estados e à Justiça do Distrito Federal, nos quais se encontram, a par de algumas observações de ordem geral, problemas específicos das respectivas áreas de exercício jurisdicional.

Esses relatórios parciais se consideram, pois, incorporados ao presente, que constitui uma visão resumida dos problemas mais graves do Poder Judiciário.

A pesquisa feita indica, sem que se precise descer a pormenores, que a reforma da justiça, ampla e global, sem prejuízo do sistema peculiar à nossa formação histórica, compreenderá medidas sobre recrutamento de juízes a sua preparação profissional, a estrutura e a competência dos órgãos judiciários, o processo civil e penal (e suscitará, mesmo, modificação de regras de direito material), problemas de administração, meios materiais e pessoais de execução dos serviços auxiliares e administrativos, com aproveitamento de recursos da tecnologia. Avultarão, na reforma, ainda, problemas pessoais dos juízes, seus direitos, garantias, vantagens, deveres e responsabilidades. E visará a assegurar o devido prestígio à instituição judiciária, que, no regime da Constituição, se reconhece como um dos três Poderes, independentes e harmônicos.

3. A extensão da pesquisa realizada corresponde à ideia de que a reforma do Poder Judiciário deve ser encarada em profundidade, sem se limitar a meros retoques de textos legais ou de estruturas. Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do país e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com o respeito à pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas.

Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção a restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameace ou ofenda.

4. Reforma de tal amplitude não se fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que hão de ser contrariados ou desatendidos.

Impor-se-á alteração de textos constitucionais e legais e será mister disciplina. unitária de direitos e deveres de magistrados.

É certo que a reforma poderá implantar-se por partes. Mas determinadas medidas, que dizem com a essência dela, ou serão preferencialmente executadas, ou não haverá, na realidade, reforma eficaz.”¹¹

No dia 14 de fevereiro de 1977, o Ministro Carlos Thompson Flores tomou posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal para o biênio 1977/79.

Em seu discurso assumiu o compromisso de dedicar-se integralmente em prol do Poder Judiciário, visando ao seu aperfeiçoamento, para que fosse distribuída a melhor Justiça, aquela que ele tanto idealizava, *verbis*:

“Grave, penoso, por vezes antipático, a cada passo incompreendido, exigindo sempre equilíbrio e coragem, a missão do juiz, inobstante, impende ser cumprida para que a lei, como expressão do Direito, tenha execução, e a Justiça jamais falte entre nós.

Justiça que brote de juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros, como sempre o foram os juízes do Rio Grande, reconhecidos urbe et orbe, sem cujo atributo nem é possível conceber o exercício funcional como ele se impõe.

Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja e para cujos imperativos prosseguiremos indórmitos e intransigentes.

Justiça humana como merece distribuída às criaturas feitas à imagem de Deus.

Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cuja presença nem seria compreendida.

Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas fórmulas, do próprio povo para a qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance; simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sint-a com fervor, e possa,

assim, nela crer para amá-la, prestigiá-la, e defendê-la se preciso for, convencido que ela é seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia.

Justiça da qual se não permita desconfiar um só segundo, porque como assinalava Balzac: ‘Desconfiar da Magistratura é um começo de dissolução social’.

E sobretudo Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando: ‘Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos’.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.”¹²

Ajusta-se com propriedade ao seu pensamento aquela passagem de Michel Debré, Ministro da Justiça do Presidente De Gaulle, a respeito da sua preocupação com o aperfeiçoamento e modernização do Judiciário:

“Je suis de ces républicains qui rêvent d’une justice habile et prompte, sévère et humaine, condamnant ceux qui méritent de l’être, protégeant l’innocence, statuant avec équité en tous domaines. Il me paraît que la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu’un peuple a atteint.”¹³

A sua presidência foi marcada de realizações.

No plano administrativo, foram tomadas as seguintes medidas: promoveu-se ampla reforma da Secretaria da Corte, medida há muito reclamada pelos advogados; a publicação interna, para uso exclusivo dos Ministros e assessores, do boletim do Supremo Tribunal Federal, destinado ao acompanhamento das decisões do Plenário e das Turmas logo após proferidas, experiência instituída pelo Ministro Carlos Thompson Flores quando presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; o retorno do Plenário ao edifício-sede após a conclusão das obras na gestão do Ministro Djaci Falcão; a inauguração, em dezembro de 1977, da Galeria dos retratos dos Presidentes da Corte, desde a instalação em 1829; a instalação do Museu do Supremo Tribunal Federal, abarcando peças e documentos históricos vinculados à Corte, inclusive com a remoção do mobiliário da antiga sala de sessões do Supremo Tribunal Federal no Rio de Janeiro,

Presidiu a
Comissão que
elaborou o célebre
Diagnóstico do
Poder Judiciário,
composto de 94
volumes anexos

que foi trazido para Brasília, completamente restaurado e instalado no edifício-sede; a transferência da biblioteca para o 3º andar do edifício-sede; a classificação e catalogação do acervo, bem como a sua ampliação mediante a aquisição de novas obras; a atualização da Revista Trimestral de Jurisprudência, inclusive com a publicação de acórdãos da década de 1950 e início dos anos seguintes; início da construção do bloco de apartamentos destinado exclusivamente à residência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; criação do serviço de auditoria da Corte com a aprovação da Lei nº 6.474/77; foram acelerados os entendimentos com o Poder Executivo para a obtenção de área contígua ao Tribunal destinada à construção do Anexo II; a regulamentação das normas do cerimonial das sessões solenes do Tribunal, através da Portaria nº 148/78; a celebração de convênio com o Senado, possibilitando acesso aos bancos de dados já existentes e visando à inclusão da jurisprudência da Corte no PRODASEN, constituindo-se no embrião da informatização dos serviços do Tribunal.

Dentro da filosofia de incentivo aos funcionários situados em faixa salarial mais reduzida, adotaram-se as seguintes providências, *verbis*:

a) “ajuda-alimentação”, constante no pagamento de 80% do valor da refeição, fornecida por restaurante existente nas dependências do Supremo Tribunal Federal;

b) construção e instalação do gabinete odontológico;

c) implantação do transporte para funcionários residentes nas cidades-satélites;

d) contratação dos serviços de um médico ginecologista para atendimentos das servidoras;

e) assinatura de convênio com a Central de Medicamentos para fornecimento gratuito de remédios.

No plano institucional, dois eventos se projetaram na Presidência Thompson Flores: a implantação da reforma do judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, que acrescentou novas e importantes atribuições para o Supremo Tribunal Federal, destacando-se o Conselho Nacional da Magistratura; e a comemoração dos 150 anos do Supremo Tribunal Federal, com ampla divulgação da efeméride por todo o país.

Na sessão solene realizada em 18 de setembro de 1978, em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal, compareceu o Presidente da República, acompanhado de todo o seu ministério, fato então inédito na história do Tribunal.

Nessa oportunidade, em sessão solene por ele presidida, recebeu das mãos do Presidente da República, Ernesto Geisel, a mais alta condecoração da Nação, a Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito.

Na ocasião, assim se manifestou o Presidente da República:

“Na oportunidade em que se comemoram 150 anos da existência do Supremo Tribunal Federal, o Conselho da Ordem Nacional do Mérito propôs conferir a V. Exa., e eu acedi, o grau de Grã-Cruz da referida Ordem.

Este ato é uma homenagem do Poder Executivo ao Poder Judiciário (...) Mas é, principalmente, o reconhecimento dos elevados méritos de V. Exa., Sr. Ministro-Presidente, do trabalho que tem desenvolvido, ao longo de sua vida, como cidadão e como magistrado, em benefício da Nação brasileira.”¹⁴

Ao concluir o relatório da sua Presidência, em verdadeira prestação de contas de sua administração, consignou, em palavras carregadas de emoção, *verbis*:

“Ao concluir este Relatório manifesto a convicção de que procurei corresponder, tanto quanto me foi possível e nos limites das minhas forças, ao mandato que os Senhores Ministros me confiaram. Após 45 anos de existência dedicada à magistratura, tenho a sensação do dever cumprido.

Para isto muito contribuíram, no último biênio, a colaboração e o empenho dos Senhores Ministros, propiciando os resultados atingidos, que exteriorizam a elevada carga de trabalho recebida pela Corte, sem solução de continuidade. Inobstante os esforços desenvolvidos, a massa de feitos que chega, anualmente, não se reduz. Confrontando os elementos concernentes aos anos de 1977 e 1978, verifica-se que ocorreu, no global, um acréscimo de 1.074 feitos, destacando-se as Arguições de Relevância, que ascenderam, de 1.172 a 1.719, com o aumento percentual de 46,67%.

De forma generalizada isto ocorre em relação a todos os Órgãos do Poder Judiciário, dos Juizados de 1ª instância aos Tribunais Superiores, revelando os sacrifícios a que estão expostos os magistrados, numa vida que exige vocação, desprendimento, renúncia e estudo permanente.

Esta realidade deve sensibilizar os demais Poderes da República, para que, através de modificações adequadas na legislação, possam criar condições hábeis para o pleno reconhecimento das

nobres funções dos Juízes, para a ampliação dos quadros, com o correspondente apoio administrativo e, ainda, com a adequação das normas processuais, possibilitando a realização de uma Justiça mais rápida e eficaz.

Quando terminei o Relatório precedente, exteriorizei a esperança de que 1978 pudesse também ser assinalado pela aprovação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que correspondesse aos anseios dos Juízes. Isto não se tornou possível, mas renovo a crença de que os membros do Poder Legislativo, onde se encontra atualmente o projeto, imbuídos dos propósitos de bem servir ao Brasil, aprovarão, na próxima legislatura, um diploma que corporifique as expectativas da Justiça Nacional.

Outrossim, a não aprovação da citada lei obstou o prosseguimento dos trabalhos da Comissão de Regimento, a qual considerou indispensável dita aprovação.

Havia a Secretaria apresentado, em junho último, alentado estudo sobre a reforma, nele incluindo as alterações que sobre ele incidiram a Emenda Constitucional nº 7, o vigente Código de Processo Civil e as novas Emendas Regimentais.

De outra parte, a revisão das Súmulas afeta à Comissão de Jurisprudência, à qual foram enviados os estudos procedidos pela Assessoria, não logrou findar seus trabalhos.

Confio que as relevantes tarefas, de tão significativo préstimo a todos que versam com a aplicação do direito, terão prosseguimento, embora reconheça que será mais um encargo a acrescer às já penosas atribuições dos Senhores Ministros.

Quero consignar que as comemorações dos 150 anos deste Tribunal, com a divulgação correspondente, tornaram-no menos desconhecido, possibilitando que milhões de brasileiros, alcançados pela imprensa escrita, falada e televisionada, tomassem ciência da efeméride. Que esta divulgação não represente apenas um episódio, tornando-se uma constante, é o meu desejo, para que esta Corte, a exemplo do que ocorre em outros países, possa ser respeitada, admirada e amada, como o supremo baluarte dos direitos de cada cidadão.”¹⁵

Aos 26 de janeiro de 1981, no dia mesmo em que completava setenta anos, aposentou-se, após meio século dedicado exclusivamente à magistratura.

Na sessão plenária realizada a 11 de março de 1981, por motivo de sua aposentadoria, assinalou em seu discurso o Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz, *verbis*:

“Esta homenagem, que o Supremo Tribunal Federal ora presta a Vossa Excelência, Senhor Ministro Carlos Thompson Flores, e a que se associa, por meu intermédio, cordialmente, o Ministério Público Federal, é o testemunho eloqüente do grande apreço, da profunda admiração e do puro respeito, que todos votamos à notável personalidade de Vossa Excelência, ao juiz exemplar, ao jurista de escol, ao amigo afetuoso, ao patriota sem jaça, e ao brasileiro perante o qual, neste momento, se curva, reverencialmente agradecida, a mais alta expressão da Justiça brasileira, que é o Supremo Tribunal Federal.

Esta homenagem é, a todas as luzes, julgamento público e supremo daquele que, por quase meio século, dedicou todos os momentos de sua vida honrada à distribuição de Justiça a quantos lha pediam. Julgou. Agora, está sendo julgado e proclamado um dos mais eminentes, honrados e cultos juizes do Brasil.

Para que alguém, por tantos e tantos anos, sem o mínimo desvio de propósitos, ponha, a serviço de uma causa, força e dedicação constantes, é preciso ideal e viver dele. E o mais nobre, mais sublime, o mais excelso, o mais divino, não há que o de ser justo. Desse ideal, senhores, viveu e vive o eminente Ministro Thompson Flores.

Julgar, servindo ao Poder Judiciário, é forma de realizar o Direito, prevenindo ou extinguindo conflitos sociais objeto de demandas forenses. É forma de promover a adaptação dos homens entre si, em convivência social.

Não fossem, entre os homens individualmente considerados, ou entre grupos sociais, os conflitos que a vida, em sociedade, provoca, e, mais do que isso, a prevenção ou a extinção desses conflitos, não havia, dentre os processos sociais de adaptação, o Direito.

Os conflitos humanos, sejam quais lhes forem os motivos determinantes, são factos. Uns são preveníveis; outros, extintíveis. A prevenção e a extinção, de sua vez, realizam-se em factos. Dessa sorte, facto previne ou extingue facto, é dizer, previne ou extingue conflito social. Opera-se, outrossim, em consequência, a adaptação social, fim último do Direito.

O que se sabe e aprende, todos os dias, nos Juízos ou Tribunais, é que a função judicial visa a realizar a prevenção ou a extinção dos conflitos entre os homens, para alcançar a adaptação social.

Assim, pois, em última análise, o acto judicial de julgar é, também, conceptualmente, Direito.

Dessas razões, sucintamente expostas, podemos dizer que o eminente Ministro Thompson Flores, por quase meio século, julgando, e o fazendo com sabedoria e prudência, fora, neste País, por todos os caminhos da judicatura, ascencionalmente, admirável e brilhante realizador do Direito no Brasil. Ninguém, nesse mister, o terá superado em dedicação, em amor às letras jurídicas, em senso de responsabilidade, em coragem e em grandeza de atitudes.

Neste Colendo Supremo Tribunal Federal, último estágio da judicatura exercida pelo nosso homenageado, figuram-lhe, nos anais, os votos brilhantes proferidos pelo eminente Ministro Carlos Thompson Flores, a quem, incontestavelmente, devem as letras jurídicas nacionais grande e brilhante contribuição.

Receba, Excelentíssimo Senhor Ministro Thompson Flores, por último, do Ministério Público Federal e de mim próprio, nossas homenagens, em sinal de respeito profundo, sincera amizade e admiração incondicional, a par de nossos votos de muitas e muitas felicidades.”¹⁶

Do primoroso discurso proferido pelo saudoso Ministro Soares Muñoz, que falou em nome do Tribunal, destaco a seguinte passagem, *verbis*:

“Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não defluiu, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram-lhe também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em consequência aposentado compulsoriamente. Cumpriu-se, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.”¹⁷

Significativa homenagem foi-lhe prestada pelo editorial do Jornal do Brasil, edição de 29.8.1981, ao enfatizar a necessidade da retomada do processo da reforma do Poder Judiciário, assinalando, *verbis*:

“Há indícios de que o Supremo Tribunal Federal deseja aproveitar a oportunidade de se encontrar na Chefia do Gabinete Civil da Presidência da República seu ex-Presidente, para recolocar, agora em termos próprios e, com todas as probabilidades de se fazer ouvir com a atenção devida, a questão da reforma do Judiciário. O Ministro Xavier de Albuquerque chegou a fazer referência pública e expressa à possibilidade de um novo trabalho nesse sentido, cuja realização, além de corresponder a necessidades concretas da sociedade brasileira, seria ou será um complemento indispensável ao projeto político do atual Governo.

É preciso voltar ao ‘diagnóstico’, que se acha impregnado daquele ideal de Justiça expresso por um dos mais puros juízes – Thompson Flores – em voto proferido no STF: ‘Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que compreenda melhor, sinta-a com mais fervor e possa defendê-la, se preciso, convencido de que ela é o seu baluarte democrático; sua mais sólida garantia.’”

A aposentadoria não pôs termo à sua atividade em prol do direito e da justiça.

De março de 1981 a novembro de 1992 produziu inúmeros pareceres, muitos deles publicados nas revistas especializadas¹⁸.

Em expressiva homenagem que lhe foi prestada pela academia, logo após a sua aposentadoria, o saudoso Desembargador Mário Boa Nova Rosa delineou com fidelidade o perfil do jurista Carlos Thompson Flores, *verbis*:

“O juiz Carlos Thompson Flores, porque juiz ele foi todo, só e sempre, teve a Justiça, com esses conceitos, como o breviário em que assentou a sua fé no primado do Direito.

Não tomou, porém, esses princípios, como armadura ou como escudo, mas brandiu-os, como lança ou como gládio, durante toda sua longa, brilhante e prestimosa vida de julgador. Mesmo afastado já da esperança sem temor, da mocidade; mas ignorando também o temor sem esperança dos que não tem mais futuro, acreditou sempre no poder da Lei e na magestade da Justiça.

Foi bem o tipo clássico do magistrado de carreira, que fez do hábito de julgar um sincero apostolado e só compreendeu o Direito como uma obrigação superior, pairando acima dos interesses e das paixões.

Nunca foi mero aplicador da lei; nem simples compulsador de ementários de jurisprudência; e, muito menos, um insensível aos dramas humanos que a realidade, surpreendentemente, suscita, alguns com aparência de insolúveis. Pelo contrário, timbrou sua fecunda caminhada com provas incontroversas de penetrar no âmago da lei, subtraindo da norma sua essência de justiça, para conciliar o interesse público com as pretensões privadas das partes, não sacrificando o direito, nem sendo rigoroso ao extremo, nem tolerante em demasia; porque fez dos repositórios de julgados a bússola de suas convicções sobre o contexto social do momento, sem tornar-se subserviente com o fim escuso de aumentar a probabilidade de serem as sentenças mantidas, com um falso halo de prestígio, mesmo contrariando as verdadeiras ideias de seu subscritor não reveladas; sempre se despiu do aparato de autoridade intransigente que, de fato, nunca se impõe, embora possa ser temida, para revestir-se de autoridade branda, mas firme.

Proferiu decisões que ficaram assinaladas com a sua marca, pois – como refere Lourenzo Carnelli – nenhum julgador se despoja inteiramente de seus hábitos, inclinações e preferências, que gravitam em torno de suas decisões, sem que ele o queira ou saiba. Pode, se exercitar a centelha divina que Deus põe em sua mente, realizar a função criadora reclamada por Alberto V. Fernandez, advogado e professor argentino, do juiz, para quem as normas jurídicas gerais são esboços, incompletos objetos, obscuros e, às vezes, toscos, que o intérprete estuda, analisa e penetra com toda a ciência ao seu alcance.

O pragmatismo de sua longa formação de juiz pareceu, quiçá, formalista... Mas esse formalismo traduzia a pureza de seus métodos de jurista clínico, que tanto valorizava a perfeição do diagnóstico quanto enfatizava a adequação, a cada mal específico, da terapêutica própria. No mais, mesmo em questões de índole formal, foi benevolente e tolerante, trazendo aos textos rígidos e frios o abrandamento que sua inclinação temperamental impunha. Do juiz profissional, justamente envaidecido de sua carreira e da missão augusta que desveladamente cumpriu; do juiz liberal em quem a ânsia de fazer justiça às partes tornava reparador intransigente das violações à liberdade, não só dos probos e dos justos, mas de todos,

sem discriminações nem fronteiras outras que as da lei; do juiz exato na transigência, generoso na severidade, humano na disciplina – de um juiz assim dotado pode se dizer que nasceu para a mais alta Corte de Justiça, indo nela encontrar a mesma atmosfera que seu modo de ser desde sempre respirara.

(...)

No grande volume que é a vida de S. Ex^ª. a sua atuação como juiz ficará assinalada entre duas folhas: a longínqua e modesta pretoria de Herval do Sul e a recente e magnífica presidência da Corte Suprema; mas, ao contrário da flor esmaecida que, para lembrança de alguém, se conserva entre as páginas de um livro, seu exemplo não perderá o viço na memória de seus contemporâneos e servirá de modelo para os porvindouros.”¹⁹

A morte alcançou-o em 16 de abril de 2001, aos 90 anos de idade.

Em 15 de agosto de 2001, o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul conferiu-lhe a Comenda Honorífica “Magistrado Exemplar” *post mortem*, num público reconhecimento aos seus elevados méritos como juiz e jurista.

No decorrer de quase meio século, repetindo Bento de Faria, o Ministro Carlos Thompson Flores distribuiu justiça sem os excessos da mediocridade exibicionista, praticou o bem sem alardes; elevou o conceito de nossa Pátria, honrou a sua toga, impôs-se ao respeito e admiração dos seus pares e jurisdicionados, avassalou os corações de quantos serviram ao seu lado e sobretudo os dos que continuarão a fruir o proveito dos seus ensinamentos.

Nos merecidos aplausos que rodeiam a longa trajetória do Ministro Carlos Thompson Flores, resplandece a qualidade mestra de todo homem marcante: a fidelidade a si mesmo, à sua vocação e aos seus ideais de justiça. Foi nesse nobre sentimento que acumulou forças para contrariar os poderosos, para amparar os fracos, para desprezar a momentânea e falsa opinião das multidões e para servir o interesse superior da Justiça.

Afirmou um magistrado francês que *“c’est mal définir la grandeur du magistrat, que de ne la faire connaître que par son pouvoir.*

O juiz Carlos Thompson Flores, porque juiz ele foi todo, só e sempre, teve a Justiça, com esses conceitos, como o breviário em que assentou a sua fé no primado do Direito

Son autorité peut commencer ce tableau, mais sa vertu seule peut l'achever. C'est elle qui nous fait voir en lui l'esprit de la loi et l'âme de la justice; ou plutôt il est, si l'on peut parler ainsi, le supplément de l'une et la perfection de l'autre. Il joint à la loi, souvent trop générale, le discernement des cas particuliers; il ajoute à la justice cette équité supérieure sans laquelle la dureté de la lettre n'a souvent qu'une rigueur qui tue, et l'excès de la justice devient quelquefois l'excès de l'iniquité”²⁰ Nenhuma sentença literária seria mais apropriada de esclarecer a magistratura de Carlos Thompson Flores como essa de D’Aguesseau, ao revelar o segredo da projeção de sua jurisprudência que se prolongará pelo tempo afora, pois soube marcar acima dos interesses dos homens e das contingências do momento para representar o mais puro ideal da Justiça, como aquele expresso por Bossuet em presença de Luiz XIV, *verbis*:

“Deve ela – a justiça – ser presa a regras. Inegável em sua conduta, conhecendo o verdadeiro e o falso nos fatos que expõe. Deve ser ainda cega em sua aplicação. Sobretudo, deve ser branda algumas vezes, dando lugar à indulgência. Finalmente, a Justiça é insuportável nos seus rigores. A constância a fortalece nas regras; a prudência a esclarece nos fatos; a bondade lhe faz compreender as misérias e as fraquezas. Assim, a primeira a sustenta; a segunda, a aplica; a terceira, a tempera. Todas as três virtudes a tornam perfeita e a completam por seu concurso.”²¹

Virtus praestat ceteris rebus.

Notas

¹ In *Revista Forense*, v. 257, p. 418.

² In *Revista Forense*, v. 257, p. 419.

³ Ribas, Antonio J., in *Campos Salles – Perfil Biográfico*, Rio de Janeiro, 1896, p. 536;

⁴ In Ransson, G. *Essai sur L’Art de Juger*, 2. ed. A. Pedone Éditeur, Paris, 1912, p. 21.

⁵ Cf. *De. orat.*, III, 150: “usamos palavras que são próprias”.

⁶ Cf. *De. orat.*, III, 25: “não devemos usar palavras que nosso costume não mais admite”.

⁷ Cf. *De. orat.*, III, 10, 39: “aconselho-vos a tomar cuidado afim de que vossa oração não seja nem pobre, nem inculta, nem vulgar, nem obsoleta”.

⁸ In *The Spirit of Liberty – Papers and Addresses of Learned Hand*, Collected by Irving Dilliard, 3ª edição, Alfred A. Knopf, New York, 1974, p. 81.

⁹ Nogueira, Adalício C., in *Caminhos de um Magistrado (Memórias)*, Livraria José Olympio Editora, Rio, 1978, p. 137.

¹⁰ In *Diário da Justiça da União*, edição de 27.3.1981, p. 2.531.

¹¹ In *Reforma do Poder Judiciário – Diagnóstico*, Supremo Tribunal Federal, 1975, pp. 11/5.

¹² In *Revista Forense*, v. 257, pp. 424-5.

¹³ In Debré, Michel. *Trois Républiques pour une France: Mémoires*, Albin Michel, 1988, t. II, p. 333.

¹⁴ In *Diário da Justiça da União*, edição de 19.10.1978, p. 8.164.

¹⁵ In *Relatório da Presidência Thompson Flores*, Supremo Tribunal Federal, 1977, p. 26/7.

¹⁶ In *Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531/2.

¹⁷ In *Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531.

¹⁸ Após a sua aposentadoria dedicou-se, como jurisconsulto, ao estudo do Direito, emitindo Pareceres em inúmeras questões forenses, sendo que vários desses trabalhos encontram-se publicados em repertórios jurídicos: “Eleição dos Membros da Mesa da Assembleia Legislativa – Interpretação do art. 31 da CF”, in *Revista Forense* n. 303/128; “Responsabilidade Civil Contratual”, in *Revista de Direito Civil*, n. 42/147; “ICM e Compra com Cartão de Crédito”, in *Revista de Direito Tributário*, n. 34/86; “Desapropriação – Empresa de Ônibus”, in *Revista de Direito Público*, n. 95/42; “Imunidade Tributária das Listas Telefônicas”, in *Revista do TRF/4ª Região*, n. 79, pp. 15/26; “Ação Popular – Pressupostos Processuais”, in *Revista de Processo*, n. 61/218; “Montepio da Família Militar – Relação Jurídica entre a Entidade e seus Sócios – Pensões por eles instituídas – Alterações de seu Valor – Validade”, in *Revista Forense*, v. 351/311-320; “Desapropriação – Homologação de Transação – Efeitos Processuais”, in *Revista de Direito Processual Civil*, nº 14, pp. 839/846; “Doação Inoficiosa – Art. 1.176 do CC – Querela Inofficiosae Donationis – Requisitos”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19/299-306; “Concurso – Classificação – Direito Adquirido”, in *Revista de Direito Administrativo*, v.225, pp.417/425; “Honorários advocatícios. Contrato quota-litis. Ação de cobrança. Prescrição”, in *Revista Forense*, v. 359/181-190; “Tribunal de Justiça – Quinto Constitucional – Composição – Acesso dos Juízes Classistas do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21/39-48; “Ato Ilícito Contratual – Indenização – Correção Monetária – Súmula 562 do STF”, in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, publicada pela Escola do TRF/4ª Região – EMAGIS, Edição 05, de 08.03.05; e na *Revista do TRF/4ª Região*, vol. 55/83-96; “Efeito da Sentença de Interdição”, in *Revista de Processo*, v. 193/511-519; “Defensoria Pública. Art. 22 do ADCT da Carta de 1988. Alcance”, in *Revista Fórum Administrativo*, ano 11, n. 121, março 2011, pp. 70-5; “Poder Constituinte do Estado Membro.

Art. 11 do ADCT da CF/88. Concessão de Estabilidade aos Servidores Civis do Estado Ocupantes de Cargo em Comissão”, in Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 43, pp. 235-243; “Abuso do Poder Econômico”, in Revista de Direito Público da Economia, n. 33, pp. 27-31; “Recurso Extraordinário. Arguição de preclusão. Descabimento”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região, ed. 41, publicada em 29.04.2011; “Ação Rescisória. Violação literal a dispositivo de lei. Art. 1º da Emenda Constitucional n. 3/61. Efeitos”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região, ed. 41, publicada em 29.04.2011; “Titulares vitalícios e estáveis das serventias extrajudiciais. Limitação de sua arrecadação”, in Revista Interesse Público, n. 65, pp. 135-143; “Fideicomisso. Doação. Qualificação do negócio jurídico. Condomínio perpétuo. Substituição fideicomissária infinita. Recurso Especial”, in Revista de Direito Privado, v. 46, pp. 381-395; “Tributário. Monopólio. Conceito. Ação de repetição de indébito. Efeitos da repercussão. Súmula 546 do STF”, in Revista de Direito Tributário da APET, n. 29, pp. 109/122; “Ação Rescisória. Prequestionamento. Descabimento”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região, ed. 42, publicada em 30.06.2011; “Embargos de Divergência. Pressupostos. Direito real de preferência. Estatuto da Terra. Ato jurídico perfeito”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região, ed. 42, publicada em 30.06.2011 e na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 29, pp. 7/71; “Serventuário da Justiça. Substituição. Art. 208 da CF. Emenda Constitucional n. 22/82”, in Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 44, pp. 227-233; “Contrato. Intenção das partes. Interpretação. Exame na via extraordinária. Descabimento”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 43, publicada em 30.08.2011; “Alienação fiduciária em garantia. Bens do patrimônio do devedor. Art. 66, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei n. 911/69. Relevância da questão federal.”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 43, publicada em 30.08.2011; “Contrato de financiamento. BNDES. Denúnciação à lide. Justiça Federal. Revisão judicial do contrato. Teoria da imprevisão. Limites. Doutrina e jurisprudência. Princípio da legalidade”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 43, publicada em 30.08.2011; “Responsabilidade civil. Culpa contratual. Correção monetária”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 44, publicada em 31.10.2011; “Sociedade comercial. Exclusão de sócio. Justo motivo”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 44, publicada em 31.10.2011 e na Revista Síntese – Direito Empresarial, n. 22, pp. 59-74; “Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. Reclamação. Desconstituição de atos de promoção de juízes do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça. Quinto Constitucional. Descabimento”, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 56, pp 169-174; “Condomínio. Direito de preferência. Pressupostos de direito material e processual”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 45, publicada em 16.12.2011 e na Revista de Processo,

v. 201, pp. 487-499; “Embargos de divergência. Pressupostos. Art. 331 do Regimento Interno do STF. Interpretação” in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – Emagis, ed. 45, publicada em 16.12.2011; “Comoriência – Art. 11 do Código Civil de 1916 – Direito de Sucessão”, in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 47 – jul./set. 2011, pp. 249-252 e na Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – EMAGIS, edição de 28.02.2012; “Condomínio. Direito de preferência. Cessão de direitos hereditários”, in Revista de Doutrina do TRF/4ª Região – EMAGIS, edição de 28.02.2012 e na Revista Trimestral de Direito Civil, v. 49, pp. 207-212; “Magistratura – Concurso – Exclusão de candidato após a sua habilitação – Ilegalidade”, in Revista do TRF/4ª Região, n. 80, pp. 15-28; “Mandado de Segurança – Assembleia Legislativa – Eleição da Mesa – Quorum Parlamentar”, in Revista Interesse Público, n. 72, pp. 201-217; “Magistrado – Aposentadoria – Direito Adquirido”, in Revista do TRF/4ª Região, n. 81, pp. 15/22.

¹⁹ In *Revista Forense*, v. 303, pp. 130/4.

²⁰ In *Oeuvres Choieses Du Chancelier D’Aguesseau*, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1863, p. 108.

²¹ In *Oeuvres de Bossuet*, Firmin Didot Frères, Paris, 1862, t. I, p. 421.

ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE O ÚLTIMO ACORDO ORTOGRÁFICO

ALBINO BRITO FREIRE

Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

1. quando cada elemento constitui uma unidade sintática e semântica, como:

antes

ano-luz

médico-cirurgião

agora

ano-luz

médico-cirurgião

Obs.: deve ser eliminado, quando se perdeu a noção de composição:

pontapé

pára-quedas

manda-chuva/

mandachuva

pontapé

paraquedas

mandachuva

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

2. em acentos topônimos compostos com grã, grão, forma verbal ou ligados por artigo:

antes e agora

Grã-Bretanha

Trás-os-Montes

mas:

Belo Horizonte

Belo Horizonte

Cabo Verde

Cabo Verde

Exceto: Guiné-Bissau

Guiné-Bissau (uso)

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

3. em compostos que designam espécies **botânicas** e **zoológicas**:

antes e agora

erva-doce

ervilha-de-cheiro

bem-te-vi

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

4. compostos com os advérbios *bem* e *mal* e segundo elemento iniciado por *h* ou vogal, porém *bem* pode não se aglutinar, quando o segundo elemento iniciar por outras consoante:

antes e agora

bem-aventurado

bem-humorado

mal-humorado

bem-visto

malvisto

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

1. nos compostos com *além*, *aquém*, *recém*, *sem*:

antes e agora
além-mar
aquém-Pirineus
recém-casado
sem-cerimônia

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

6. em locuções consagradas pelo uso:

antes e agora
água-de-colônia
arco-da-velha
cor-de-rosa
mais-que-perfeito
pé-de-meia
ao deus-dará
à queima-roupa

Base XV – Do hífen em palavras compostas por justaposição

Deve ser **mantido**:

7. em encadeamentos ocasionais:

antes e agora
ponte Rio-Niterói
rodovia Belém-Brasília

8. nos adjetivos gentílicos derivados de nomes geográficos compostos:

antes e agora
são-francisqueense-do-sul
santa-barbareense-do-rio-pardo

JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO DO TJPR

ADMINISTRATIVO

Administração pública deve indenizar por acidente com veículo da prefeitura que causou danos a mulher

Administrativo - Apelação Cível - Ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito. Responsabilidade objetiva do Município - Aquaplanagem que não pode ser considerada caso fortuito ou força maior - Nexo causal presente. Autora que acompanhava seu pai no transporte a Município vizinho - Tratamento de saúde deste - Súmula 145 do STJ sobre o transporte de cortesia que não se aplica ao caso. Indenização por dano moral - Redução do valor para R\$ 15.000 - Necessidade. Pensão mensal - Devida à vítima de forma vitalícia - Valor fixado em 1 salário mínimo que se mostra suficiente. Juros de mora referentes ao dano moral - Incidência de 1% ao mês - Evento dano posterior ao Código Civil de 2002. Recurso parcialmente provido. Apelo 2: Administrativo - Apelação Cível - Ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito. Dano estético comprovado - Cicatrizes no braço decorrentes do fato - Condenação do Município necessária. Pensão mensal fixada em 1 salário mínimo - Valor suficiente - Falta de prova que demonstre receber valor maior. Dano material devido - Despesas médicas devidamente comprovadas - Ausência de insurgência do ente público - Pagamento efetivado pelo Município que não afasta estes

valores, pois diverso. pensão mensal - Termo inicial para a correção monetária e juros - Dia 08 de cada mês. dano material - Termo inicial para a correção monetária e juros - Data do efetivo desembolso. danos morais e estéticos - Termo inicial para os juros - Data do evento danoso. Recurso parcialmente provido. Reexame necessário: danos morais e estéticos - Correção monetária - Apenas a partir da data do arbitramento - Incidência do artigo 1º -F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Dano material e pensão mensal - Correção monetária pelo INPC do IBGE - Incidência de juros de 1% ao mês, até a edição da Lei nº 11.960/09, quando deverá ser aplicado o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 com nova redação. Honorários - Fixação em valor certo - Aplicação dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC - Correção monetária pelo INPC do IBGE desde o arbitramento até a edição da Lei 11.960/09 - Após, correção e juros que devem se dar na forma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário. (TJ/PR - Ap. Cível n. 901142-5 - Barracão - 2a. Câ. Cív - Ac. unânime - Rel.: Des. **Silvio Dias** - Fonte: DJ, 14.09.2012).

Ajuizamento errôneo de execução fiscal gera reflexo por dano moral

Apelação Cível - Ação indenizatória por danos morais e materiais - Responsabilidade

objetiva - Ajuizamento equivocado de execução fiscal - Fatos que vão além do mero aborrecimento - Autor que possuía mais de 80 anos quando do redirecionamento do feito, além de ter ocorrido a constrição de seu veículo - Majoração do montante indenizatório fixado na sentença - Danomaterial configurado - Município que deve arcar com os honorários contratuais gastos para promoção da defesa no executivo - Princípio da restituição integral - Ilegitimidade do autor para requerer restituição de quantia consubstanciada em recibo em nome de terceiro - Autor que sucumbiu em parte mínima do pedido - Municipalidade que deve arcar com a integralidade do ônus sucumbencial - Apelo do autor a que se dá provimento e recurso do réu parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 924.168-7 - Maringá - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Renato Strapasson** - Fonte: DJ, 07.08.2012).

Ato discricionário de remoção de servidor público deve ser motivado

Apelação Cível e Reexame Necessário - Mandado de Segurança - Investigador Polícia Civil - Transferência - Portaria nº 1337/2010 - Necessidade de motivação do ato administrativo - Violação a direito líquido e certo - Ilegalidade comprovada - Reformando a sentença em sede de reexame necessário. Recurso de apelação conhecido e provido. 1. Ainda que discricionário, o ato administrativo que determina a remoção do servidor público deve ser suficientemente motivado,

demonstrando a necessidade do remanejamento funcional, sob pena de se tornar arbitrário. 2. A fundamentação utilizada na Portaria nº 1337/2010, não demonstrou de forma clara e evidente a causa e os elementos determinantes para a prática do ato de remoção. Evidente que a Administração Pública possui discricionariedade para movimentar seus servidores. Ocorre que, justamente para evitar abuso de tamanho poder, o ato administrativo que determina a transferência do servidor deve ser motivado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 854375-9 - Toledo - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 06.08.2012).

Candidato em concurso público não pode ser desclassificado por possuir inquérito policial arquivado

Apelação Cível e Reexame Necessário. Mandado de segurança. Concurso público para provimento de cargos de escrivão da Polícia Civil. Impetrante desclassificado na etapa de investigação de conduta, por possuir inquérito policial arquivado. Fato que não caracteriza antecedente criminal e nem atenta contra a moralidade do candidato. Desclassificação do certame que caracteriza ato ilegal e abusivo. Ofensa ao princípio da presunção da inocência. Precedentes do STF e STJ. Recurso desprovido, sendo a sentença confirmada em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 911395-9 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lélia Samardã Giacomet** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Copel deve compensar cliente que perdeu eletrodomésticos por sobrecarga na rede elétrica

Responsabilidade Civil. Queda de raio em rede de energia elétrica. Responsabilidade da concessionária. Relação de consumo. Fortuito não comprovado (mesmo porque somente o fortuito externo constitui excludente no fato do serviço). Juros de mora. Termo inicial. Data do evento. Correção monetária. Índice. INPC/IGP-DI. Primeira apelação provida. Segunda apelação provida em parte.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 902113-8 – 10a. Câ. Civ - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Albino Jacomel Guerios** - Fonte: 23.08.2012).

Ente público deve indenizar ciclista que se acidentou em lombada não sinalizada

Apelação Cível - Responsabilidade Civil - Ação de indenização por danos morais e materiais julgada procedente - Alegação de ausência denexo causal ante a culpa exclusiva da vítima - Não comprovação - Dever do Município de sinalizar a existência de lombada na via pública - Conduta omissiva evidenciada - Responsabilidade civil subjetiva - Configuração dos danos morais - Montante indenizatório mantido - Honorários advocatícios - Fixação em valor certo - Decisão parcialmente reformada. A conduta omissiva do Ente Público dá origem a responsabilidade civil por eventuais danos causados a terceiros, já que o Município descumpriu dever legal a ele imposto. Demonstrada de forma inequívoca a conduta omissiva e a culpa do Recorrente, a

ocorrência do dano e o nexocausal, o dever de indenizar é impositivo. As lesões sofridas pelo Recorrido são suficientes para demonstrar a alegada ofensa a sua estima ou valor pessoal, tendo em vista o sentimento íntimo significativo de dor e tristeza a que foi submetido. O valor atribuído ao dano moral deve ser fixado de acordo com o caso concreto, a natureza da lesão, o grau de culpa, as conseqüências do ato, as condições financeiras das partes, atendendo a dupla finalidade que é a punição ao responsável pelo dano e a compensação ao sofrimento e angústia vivenciados pela parte lesada, sem, contudo, permitir o enriquecimento sem causa, condições essas que impõe a manutenção do valor estabelecido na sentença. Não obstante o poder de livre convencimento do Magistrado, a verba advocatícia, no caso, deve ser fixada em valor certo e não em percentual sobre a condenação, porquanto, em se tratando de Fazenda Pública é aplicável o § 4º, do artigo 20 do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 886.794-1 - Colombo - 1a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Des. **Idevan Lopes** - Fonte: DJ, 05.09.2012).

Estado não tem responsabilidade quando a prisão cautelar ocorre por justa causa, ainda que o acusado seja absolvido por falta de provas

Apelação Cível. Responsabilidade civil do estado. Ação de indenização por danos morais e materiais. Decretação de prisão preventiva com fundamento no Art. 312 do CPP. Justa causa na prisão cautelar. Conveniência da instrução criminal e garantia da

aplicação da lei penal. Fortes indícios, à época da prisão, de que o autor estaria envolvido em atividade criminosa praticada juntamente com outras pessoas. Conduta delituosa em tese prevista pelo art. 288 do CP (formação de quadrilha ou bando). Posterior absolvição por insuficiência de provas. Inexistência de erro judiciário ou ilegalidade na prisão capaz de gerar indenização. Art. 5º, inc. LXXV, da CF. Ausência de comprovação de culpa ou dolo dos agentes estatais. Dever de indenizar inexistente. Responsabilidade do estado afastada. Sentença mantida. Majoração honorários advocatícios. Critério de atualização monetária a ser adotado. aplicação do Art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Normas processuais com aplicação imediata. Princípio *tempus regit actum*. Apelação 1 desprovida. Apelação 2 provida. 1. Segundo assentou o STF: “Não há constrangimento ilegal no decreto de prisão preventiva que apresenta elementos concretos indicando a necessidade da prisão para se evitar a colaboração do paciente na atuação de associação criminosa, justificando-se a prisão para a garantia da ordem pública. (STF - HC 95065, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 25/11/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-06 PP-01229)” 2. E o STJ, no que pertine ao pleito indenizatório, tem decidido que: “A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição. (AgRg no REsp 1295573/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 16/04/2012)”.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 913242-1 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Fernando César Zeni** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Guarda municipal que sofre assédio moral no trabalho é desagravado

Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Reparação de danos morais. Guarda Municipal. Recurso adesivo não conhecido. Ausência de habilitação do espólio. *Illegitimidade ad causam*. Dano moral. Ofensas verbais feitas por superior hierárquico. Comprovação documental. Declarações prestadas na sindicância administrativa. Indenização devida. *Quantum* fixado com proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. 1. “A prova do assédio moral tem particularidades que não podem ser olvidadas pelo julgador, quais sejam, o modo difuso e velado com que é conduzido contra a vítima, e a conivência e cumplicidade dos colegas quando é praticado pelo superior hierárquico.” (TJPR, AC 639.823-0, Rel. Des.ª Dulce Maria Cecconi, j. 04.05.2010). 2. Com relação à fixação do dano moral, o Tribunal deve privilegiar, o quanto possível, o que foi decidido pelo juiz de primeiro grau, que colheu a prova e esteve em contacto direto com as partes. Assim, somente em casos absurdos e quando em completo desacordo com a média das indenizações existentes na própria Corte para casos semelhantes, o valor deve ser alterado, para mais ou para menos. Recurso Adesivo não conhecido. Recurso de Apelação não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 878325-1 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 17.09.2012).

Homem é indenizado por condenação criminal por crime que não cometeu

Apelação Cível. Responsabilidade civil objetiva do estado. Dano moral. Indiciado que se identificou com o nome do irmão na lavratura do flagrante. Falha na identificação criminal. Sentença condenatória proferida em face de pessoa diversa. Conduta, dano e nexos causal comprovados. Ausência de excludentes da responsabilidade estatal. Recurso a que se dá provimento. O Estado tem o dever de primar pela segurança e eficiência de sua atuação. Não o fazendo, responderá, objetivamente, nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 856242-3 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Antonio Renato Strapasson - Fonte: DJ, 09.08.2012).

Mulher é indenizada por corpo enterrado por engano no túmulo de seu marido

Apelação Cível - Administrativo - Responsabilidade civil - Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de violação de sepultura - Comprovação documental da aquisição de terreno para construção de túmulo - Insurgência contra o sepultamento de terceiro no mesmo jazigo - Remoção de restos mortais sem prévia comunicação e consentimento familiar - Responsabilidade do ente municipal - Indenização por danos morais e materiais devida - Fixação em montante elevado - Redução do *quantum* indenizatório por danos

morais - Decisão reformada neste aspecto - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 860619-3 - Assai - 3a. Câ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Paulo Roberto Vasconcelos - Fonte: DJ, 05.09.2012).

Município deve responder por queda de árvore sobre veículo em via pública

Apelação Cível. Ação de indenização por danos materiais. Queda de árvore sobre veículo estacionado em via pública. Responsabilidade subjetiva do ente público caracterizada. Exemplar arbóreo que apresentava podridão das raízes. Fato levado ao conhecimento da municipalidade, via requisições para o corte da árvore, que nada fez. Conduta omissiva. Excludente de responsabilidade afastada. Dano material. Valor da indenização que deve observar o menor orçamento juntado aos autos. Índices de correção monetária e juros moratórios alterados. Honorários advocatícios mantidos. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 855504-4 - Maringá - 1a. Câ. Cív. - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 20.08.2012).

Prefeito condenado por improbidade administrativa

Apelação Cível - Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa - Preliminar de inaplicabilidade da Lei nº 8429/92 aos agentes políticos - Rejeitada - Condenação nas penas do artigo 12 da Lei nº 8429/92, por incorrer em atos cominados no artigo 11 da mencionada lei - Pedido

de reforma - Indevida - Provas que dão conta de demonstrar a não realização de licitação e processo de dispensa da mesma para aquisição de combustível, Medicamento e serviço de transporte escolar - Contratação de médico sem realização de concurso público - Ato de improbidade configurado - Ofensa aos princípios da administração pública - Correta dosimetria das penas decorrentes dos atos ímprobos perpetrados - Multa civil fundamentada e devidamente aplicada com base no princípio da proporcionalidade. Recurso de apelação conhecido e negado provimento.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 898464-9 - Barbosa Ferraz - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: 30.08.2012).

Reparação a motociclista que se acidentou ao passar por buraco em via pública

Ação de indenização por danos material e moral. 1. Recurso adesivo - Preparo recursal - Falta de recolhimento das custas recursais e dos valores relativos aos portes de remessa e retorno - Deserção - Inteligência dos artigos 500, parágrafo único, e 511 do Código de Processo Civil. Recurso adesivo não conhecido. 2. Acidente de trânsito - Queda de motocicleta em virtude de buraco situado no meio da pista de rolamento - Descumprimento, pela Administração Pública Municipal, do dever de conservação e manutenção das vias públicas urbanas - Ato omissivo - Aplicação do artigo 37, parágrafo 6º,

da Constituição Federal - Responsabilidade objetiva. 2.1. Elementos configuradores do dever de indenizar - Preenchimento - Conjunto probatório que demonstra a precariedade da pista de rolamento - Iluminação pública deficitária que impedia a visualização do buraco na via pública - Omissão do Município de Ponta Grossa em promover a manutenção e conservação das vias públicas municipais que deu causa ao evento danoso - Inexistência de culpa exclusiva da autora - Dever de indenizar configurado. 2.2. Danos materiais - Acidente que causou avarias na motocicleta da autora - Provas documental e testemunhal que demonstram os danos suportados pela autora. 2.3. Dano moral - Prova do abalo - Desnecessidade - Demonstrados os fatos e as circunstâncias para o reconhecimento do dano extrapatrimonial, não se exige prova do desconforto, da dor ou da aflição - Indenização devida. 3. Valor fixado a título de indenização por dano moral - Montante reconhecidamente excessivo - Redução que se impõe - Necessidade de observar-se a situação econômico-social dos litigantes no momento da mensuração do dano - Importe reparador que não pode ser irrisório nem pode ensejar enriquecimento sem causa. 4. Recurso adesivo não conhecido. Apelação parcialmente provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 907876-0 - Ponta Grossa - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 10.09.2012).

CIVIL

Cliente que se acidentou na prática de musculação é indenizado por academia

Apelação Cível - Indenização - Acidente de consumo - Autor sofreu acidente em academia de ginástica - Musculação - Desprendimento do pino do banco sobre qual se apoiava - Fato do serviço - Dano moral configurado - Responsabilidade objetiva (Art.14, CDC) - Culpa exclusiva da vítima não demonstrada - *Quantum* indenizatório - Mantido - Lucros cessantes Demonstrados - Honorários advocatícios arbitrados de acordo com os parâmetros do Art. 20, § 3º, do CPC - Recursos conhecidos - Apelação (1) desprovida - Apelação (2) parcialmente provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 846852-6 - 9a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Horácio Ribas Teixeira** - Fonte: DJ, 13.08.2012).

Compensação financeira por protesto indevido de duplicata

Apelação Cível. Direito Civil. Ação de nulidade de títulos. Duplicatas sem causa. Protesto indevido. Responsabilidade Civil. Dano moral configurado. Quantificação. Presentes a conduta (emitir duplicatas sem causa e enviá-las a protesto), o dano (o qual prescinde de prova por se tratar de dano moral puro), o nexos causal (o protesto do título causou o abalo sofrido pela autora) e a culpa tanto da empresa sacadora (por colocar em circulação os títulos sem causa e não diligenciar para obstar o encaminhamento para protesto), como da sociedade de fomento mercantil (que não verificou

a regularidade das duplicatas), há responsabilidade civil de ambas, incumbindo-lhes arcar com os danos morais decorrentes do protesto indevido. A quantificação do dano moral deve atender aos princípios da exemplaridade, da singularidade e do desestímulo, como fator compensatório para a vítima e, ao mesmo tempo, inibidor contra futuras tentativas da repetição de fatos dessa natureza. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 777788-2 - 15a.

Câm. Civ. - Barracão - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Hayton Lee Swain Filho** - Fonte: DJ, 19.09.2012).

Condenação de dentista à restauração econômica de erro odontológico

Apelação Cível. Indenização por danos materiais e morais. Erro odontológico. 1. Identidade física do juiz. Sentença proferida por magistrado diverso do que realizou a instrução. Ausência de prejuízo. 2. Inversão do ônus da prova. Segundo grau. Impossibilidade. 3. Erro odontológico. Caracterizado. Imperícia. 4. Danos materiais. Configurados. Novo tratamento. 5. Danos morais. Caracterizados. 1. Somente é possível a anulação do processo por violação ao princípio da identidade física do juiz caso a parte interessada demonstre, de forma inequívoca, o prejuízo havido com a prolação da sentença por Magistrado diverso do que presidiu a instrução, o que não ocorreu no caso concreto. 2. Não é possível a inversão do ônus da prova em segundo grau, uma vez que, por se tratar de regra

de procedimento, sua modificação após o encerramento da instrução incorreria em cerceamento de defesa.

3. Configura o erro odontológico o tratamento para colocação de sobredentadura realizado com atecnia, o qual submeteu o paciente a dor e acarretou a perda de dois dentes. 4. Tendo o incorreto tratamento realizado exigido que ele fosse refeito, mostra-se adequado indenizar o prejuízo material suportado pela paciente. 5. O abalo psicológico que provoque um desconforto considerável, além do aborrecimento normal, dá ensejo à reparação a este título, cuja indenização deve ser arbitrada em montante justo e adequado, de modo a cumprir seu caráter inibidor e pedagógico e, ainda, constitua em valor razoável para minorar o dano moral causado, sem gerar enriquecimento sem causa. Apelação conhecida e parcialmente provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 898.330-8 - Maringá - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Jurandyr Reis Junior** - Fonte: DJ, 12.09.2012).

Consumidor deve ser ressarcido por falha em prestação de serviços telefônicos

Apelação Cível. Ação indenizatória por danos morais. Suspensão indevida do serviço telefônico. Falha na prestação de serviço. Responsabilidade objetiva. Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Obrigatoriedade de reparar pelos danos morais causados. 1. Havendo falha na prestação de serviços, ocasionando indevidamente a suspensão do serviço telefônico, deve a

causadora ser condenada a reparar o consumidor pelos danos morais sofridos, em especial se a linha telefônica é utilizada para negócios referentes a granja de suínos.

2. Por disposição do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde objetivamente pelos danos a que der causa, independentemente de culpa. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 905888-2 - Guaraniãçu - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Vilma Régia Ramos de Rezende - Fonte: DJ, 27.09.2012).

Dispensa outorga marital a atuação como interveniente garantidor e devedor solidário em contrato de financiamento

Apelação Cível. Ação de anulação de ato jurídico. Sentença de improcedência. Marido que firma contrato de financiamento bancário como interveniente garantidor e devedor solidário. Situação não equiparada a aval ou fiança. Dispensabilidade da autorização da mulher. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 851520-2 - Clevelândia - 13a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Oswaldo Nallim Duarte** - Fonte: DJ, 04.09.2012).

Familiares de falecido em estância rural devem ser indenizados

Responsabilidade Civil. Acidente com pedalinho em estância rural. Relação de Consumo. Empresário individual. Responsabilidade objetiva. Ônus da prova do consumidor e do fornecedor. Autores que provam o dano e o nexo de causa e efeito entre

o serviço e a morte do consumidor, filho e irmão deles. Ausência da prova da inexistência do defeito. Culpa da vítima não caracterizada. Falta de colete salva-vida e de outros equipamentos de segurança. Morte do filho. Ausência no caso, em face das condições econômicas dos primeiros autores, de dano material. Valor da indenização do dano moral. Honorários de advogado. Apelação provida em parte.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 896.077-8 - Londrina - 8a. Câ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Albino Jacomel Guerios** - Fonte: DJ, 20.09.2012).

Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes gera dano moral

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Inscrição do nome da autora em órgão de restrição de crédito. 1. Danos morais. Valor indenizatório. Majoração. 2. Correção monetária desde o arbitramento. 3. Juros moratórios. Termo inicial. Data do evento danoso. (posição vencida). Incidência desde a data do arbitramento (posição da maioria dos componentes da câmara). 1. O valor da indenização por danos morais deve ser justo e adequado para cumprir o seu caráter inibidor e pedagógico - servindo de reprimenda à ré - e, de outro prisma, constituir-se em importância razoável para minorar o dano moral causado à parte autora, sem ser fonte de enriquecimento sem causa. 2. Conforme exegese da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária deve incidir a partir da data em que houve a fixação da condenação por danos morais. 3. Em consonância com entendimento majoritário desta Câmara, os juros

de mora devem incidir sobre a condenação por danos morais desde a data de seu arbitramento definitivo, restando vencido este Relator que se posiciona pela aplicação da Súmula 54 do STJ. Sentença reformada de ofício. Recurso de apelação conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 892035-4 - Londrina - 10a. Câ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jurandyr Reis Junior** - Fonte: DJ, 03.09.2012).

Quando o plano de saúde nega cobertura, paciente deve pagar internamento

Apelação Cível. Ação de Cobrança. Prestação de serviços médico-hospitalares. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Negativa de cobertura pelo plano de saúde. Despesas que devem ser custeadas por recurso particular. Possibilidade. Termo de autorização de internação. Consentimento expresso da apelada. 1. Às relações decorrentes de prestação de serviços médicos aplicam-se as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor. 2. Havendo expressa aceitação do contratante em relação aos termos contidos no Termo de Autorização da Internação, sobretudo acerca da eventual negativa de cobertura do plano de saúde, não há como invocar eventual vício do consentimento. Assim, concordando o consumidor com os termos e apondo sua assinatura no documento, não só é razoável como lícita a cobrança pelos serviços prestados. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 871375-3 - Foz do Iguaçu - 11a. Câ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vilma Régia Ramos de Rezende** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Pais de criança que tomou alimento adulterado em supermercado são indenizados

Apelação Cível - Ação de reparação de danos morais e materiais - Produto (suco) exposto à venda com embalagem (lacre) corrompida e conteúdo adulterado, ingerido no interior do estabelecimento pelo primeiro requerente, então criança com 03 anos de idade - Sentença de procedência - Inconformismo de ambas as partes. Apelação 1, pelos autores - Pretensão de majoração valor danos morais - Impossibilidade - Valor que atende aos critérios da câmara - Majoração honorários advocatícios - Impossibilidade - Valor adequadamente arbitrado dentro dos limites e em conformidade com o disposto no Art. 20, § 3º do CPC - Recurso conhecido e desprovido. Apelação 2, pela requerida - Assertiva de ausência de responsabilidade da parte ré - Culpa exclusiva das vítimas - Requerentes pais que não atenderam ao dever de cuidado com o filho - Impossibilidade - Relação de consumo configurada - Responsabilidade objetiva do comerciante - Produto vendido nas dependências da requerida. - Ônus de comprovar a não ocorrência de negligência do qual a requerida não se desincumbiu - Minoração valor danos morais - Impossibilidade - Valor fixado em conformidade com os parâmetros desta corte - Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 862291-3 - Londrina - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Marco Antonio Massaneiro** - Fonte: DJ, 07.08.2012).

Perfuração do tímpano por fogos de artifício em festa popular é indenizável

Recurso de Apelação Civil. Ação com pretensão de indenização por danos morais. Queima de fogos executada em festa de comemoração ao santo padroeiro da cidade de Londrina. Perfuração de tímpano causado pelo estouro de explosivo no solo. Fato reconhecido pela ré. Confissão que dispensa o ônus de provar o fato nos termos dos artigos 348 e 334, II, do CPC. Inexistência responsabilidade de indenizar. Ocorrência de caso fortuito ou força maior inexistente. Risco previsível e evitável. Danos morais configurados. Sentença reformada. Recurso de apelação civil conhecido e, no mérito, provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 911748-0 - 8a. Câ. Cív. - Londrina - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Sebastião Fagundes Cunha** - Fonte: DJ, 18.09.2012).

Portadora de pinos nas pernas e bacia recebe indenização por dano moral decorrente de travamento automático de porta giratória em banco

Apelação Cível - Ação de indenização por danos morais causados por situação vexatória - Porta giratória - Travamento automático - Autora portadora de necessidades especiais, com pinos nas pernas e bacia - Exposição à situação constrangedora e humilhante - Abuso que extrapola mero dissabor ou aborrecimento - Danos morais cabíveis - Fixação - Ônus de sucumbência - Inversão. Sentença reformada - Recurso conhecido e provido. O dano moral poderá advir

não do constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, recrudescê-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação. (STJ 3ª Turma REsp 551840/PR Rel. Min. Castro Filho unânime j. 29/10/2003 pub. 17/11/2003).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 930277-8 - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Themis de Almeida Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 03.09.2012).

Plano de saúde deve compensar cliente por negativa de cobertura de tratamento médico

Ação de Cobrança de c/c Indenização por Danos Morais. Reconhecimento da cobertura contratual para implantação de Anel de Ferrara. Sentença de procedência da ação. Apelação Cível 1. Majoração do *quantum* indenizatório. Possibilidade. Valor arbitrado que não atende a finalidade de compensação da vítima e punição do agente. Honorários advocatícios. Majoração. Sentença reformada. Recurso Conhecido e Provido. Apelação Cível 2. A implantação de Anel de Ferrara. Tratamento experimental. Inocorrência. Procedimento previsto

na resolução nº 262 da ANS. Previsão contratual de tratamento para a doença que acomete a apelada. Impossibilidade de limitação dos tratamentos no contrato de plano de saúde. Médico credenciado junto ao plano de saúde que recomendou o procedimento. Dano material. necessidade de reembolso de valores. Dano Moral Caracterizado. Sentença mantida. Recurso Conhecido e Desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 932404-3 - Nova Esperança - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Themis de Almeida Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 10.09.2012).

Supermercado deve responder por furto no estacionamento

Apelação Cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Furto em estacionamento de supermercado. Dever de guarda. Obrigação de indenizar. Danos materiais devidos com base no que o autor perdeu e no que teve que gastar para recompor seu patrimônio. Danos morais afastados. Compensação dos honorários advocatícios. Possibilidade. Exegese da súmula 306, STJ. Entendimento confirmado através do julgamento do recurso especial representativo de controvérsia nº 963528/PR. 1 Substituindo o Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima Honorários advocatícios devem ser arbitrados na forma do Art. 20, § 3º do CPC. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 854.954-0 - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Denise Antunes** - Fonte: DJ, 03.09.2012).

CRIMINAL

Absolvição por erro de tipo

Apelação Criminal - Parto suposto - Art. 242 do CP - Corré que serviu como testemunha do parto na lavratura do registro civil - Sentença condenatória - Pleito recursal para o reconhecimento do erro de tipo com a consequente absolvição - Ausência de dolo por parte da apelante - Acusada induzida em erro pelas corrés - Modificação do édito condenatório com a absolvição da apelante - Inteligência dos Arts. 20, § 1º, do CP e 386, VI, do CPP - Recurso provido. A indução em erro plenamente justificável exclui o dolo e torna a conduta atípica.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 778628-5 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Gilberto Ferreira** - Fonte: DJ, 27.07.2012).

Adulteração de placa de automóvel é crime contra a fé pública

Crime contra a fé pública. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor (placas) delicto praticado de forma camuflada confissão apenas na fase inquisitiva corroborada por indícios suficientes a sustentar decreto condenatório - Admissibilidade.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 718422-5 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau Wellington **Emanuel C. de Moura** - Fonte: DJ, 31.08.2012).

Atenuantes não reduzem a pena-base aquém do mínimo legal

Roubo majorado por uso de arma e concurso agentes. Condenação. Insurgência dos réus. Tendo em

vista que a pena-base foi aplicada no mínimo legal, as atenuantes da menoridade e confissão, embora reconhecidas, não ensejam a redução para aquém desse patamar, conforme, inclusive, orientação pacificada na jurisprudência (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e decisão plenária do Supremo Tribunal Federal no RE 597.270- QO-RG). A pena de multa deve ter equivalência proporcional com a reprimenda corporal imposta, de modo que as variações que eventualmente ocorram na segunda e terceira etapas da dosimetria referente a esta reflitam naquela. Como a pena aplicada foi superior a quatro anos e inferior a oito, não sendo os réus reincidentes, o regime inicial para cumprimento das reprimendas corporais é o semiaberto (art. 33, § 2º, "b", do Código Penal). Recursos parcialmente providos.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 830101-7 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 04.09.2012).

Cometimento de falta grave não importa a perda de todos os dias remidos pelo preso

Recurso de Agravo. Execução Penal. Prática de falta grave. Perda dos dias remidos. Lei n. 12.433/2011. Nova disciplina da matéria. Penalidade que deixou de ser aplicada. Possibilidade. Inteligência da nova redação. Valorização do princípio da individualização da pena. Recurso não provido. 1. O cometimento de falta grave não implica mais na perda

de todos os dias remidos, pois, consoante a nova redação do artigo 127 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei n. 12.433 de 29 de junho de 2011, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, levando em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. 2. A nova redação, porém, ao prever que o juiz poderá revogar o tempo remido, sem a definição, inclusive, de uma variação mínima de redução, permite a interpretação no sentido de que a faculdade conferida permite a não aplicação da própria sanção, a qual, uma vez incidente, deverá ser quantificada entre o limite mínimo de 01 (um) dia e máximo de 1/3 (um terço). 3. Esse entendimento homenageia a linha promissora de política criminal que norteou a alteração legislativa, e consagra o princípio constitucional da individualização da pena, de indubitável importância no plano da execução, onde o zelo do Estado é primordial para o fim de promover a correta punição e recuperação do reeducando, vale dizer, aquilo que a Lei de Execução Penal chama de “programa individualizador da pena privativa de liberdade” (art. 6º).

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 906728-5 - Ac. unânime - 4a. Câ. Crim. - Rel.: Des.

Miguel Pessoa - Fonte: DJ, 27.08.2012).

Condenação de homem que mantinha duas armas ilegais em sua residência

Apelação Criminal. - Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida (Art. 16, paragrafo único, Inciso IV, da

Lei 10.826/03) e posse irregular de arma de fogo de uso permitido (Art. 12 da Lei 10.826/03). - Preliminar. - Atipicidade da conduta. - Inocorrência. - Conduta típica. - Portaria nº 797 do Ministério da Justiça que somente regulariza o procedimento de entrega da arma de fogo, de boa-fé. - Mérito.- Pleito absolutório. - Alegação de ausência de provas da autoria. - Reclame de perseguição por parte dos policiais em razão de seu sobrenome. - Alegação de arma “plantada”. - Argumentos desprovidos de provas. - Conjunto probatório eficiente a comprovar a autoria delitiva. - Rogativa de reconhecimento de configuração de crime único. - Ocorrência. - Necessária exclusão do concurso material. - Minoração da pena-base em razão do afastamento da circunstância judicial desfavorável da personalidade.- Considerados processos em curso e inquéritos policiais. - Óbice presente na Súmula 444, do STJ. - Inviabilidade de substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos. - Sentença reformada. - Recurso parcialmente provido.I. O apelante mantinha-se na posse das armas de fogo, sem qualquer animus de entrega de boa-fé, sendo ao detalhe ser uma das armas pertencente a corporação da Polícia Civil do Estado do Paraná.II. A posse ilegal de duas armas de fogo, em um mesmo contexto fático, não assinala a incidência de dois crimes distintos ou autônomos, caracteriza sim uma única transgressão. Com efeito, observa-se a ocorrência de uma só ação, que infringe de uma só vez o objeto jurídico resguardado pela normativa, neste caso a

incolumidade pública. III. Deste modo, ainda que a douta defesa insista na tese, não apresentou em todo o inter processual prova cabal de tal violação, esconde-se a defesa em alegações inconsistentes, com as quais tenta colocar em dúvida a eficaz prestação jurisdicional, vislumbrando-se com isso tão somente o vazio probatório de suas afirmativas, o que as faz cair em total descrédito ante a ausência de provas. IV. Assim destaco que se anteriormente a aprovação da Súmula 444, pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento jurisprudencial e doutrinário exarado já era o de vedar a consideração de inquéritos policiais ou processos em curso para agravar a pena base, agora com a edição da referida súmula não há que se manter a exacerbação constante da sentença condenatória.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 902472-2 - Rio Branco do Sul - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lidio José Rotoli de Macedo** - Fonte: DJ, 17.08.2012).

Homem preso com drogas é condenado por tráfico

Apelação Criminal - Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 - Sentença condenatória - Arguição preliminar de nulidade - Procedimento diverso do previsto em lei não acolhimento da tese - Pedido de desclassificação para usuário devido a pequena quantidade da droga apreendida - Negado - Comprovação de autoria e materialidade - Validade do depoimento dos policiais, quando coeso e harmônico nos autos - Denúncias anônimas que culminaram na localização de entorpecentes em poder do réu - Condenação no art. 33,

caput, da Lei de Drogas mantida - Modalidade "trazer consigo" - Pleito de incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4 da Lei 11.343/06 - Réu que cumpre todas as condições para incidência da minorante redução da pena-base - Possibilidade - Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 919366-0 - Lapa - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marques Cury** - Fonte: DJ, 21.09.2012).

Impossível condenação por corrupção de menores quando o adolescente já possui registro pela prática de outros atos infracionais

Apelação Crime. Condenação por roubo agravado. 1) Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. 2) Pretensão absolutória sob alegação de fragilidade probatória. Improcedência. Conjunto sólido e indubioso a demonstrar a responsabilidade penal do réu pelo evento. Corrupção de menor. Improcedência, já que o menor ostenta registro pela prática de atos infracionais anteriores. Pena readequada. Reincidência demanda prova documental/certidão. Correção de ofício. Recurso parcialmente provido, com correção da pena de ofício. "A anterior inocência moral do menor se presume *iuris tantum* como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido não pode ser vítima do delito sob exame" (HC 140.312/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/11/2009, DJe 01/02/2010).

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 797957-3 - Icaraíma - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Carlos Henrique Licheski Klein** - Fonte: DJ, 04.09.2012).

Plausível a majoração de pena-base em razão da grande quantidade de entorpecente encontrada com traficante

Apelação Criminal - Tráfico de entorpecentes - Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 - Autoria e materialidade do delito devidamente comprovadas - Réu confesso - Culpabilidade - Natureza e quantidade de droga apreendida - Majoração da pena-base que se justifica - Art. 42 da Lei de Drogas - Circunstâncias e consequências do delito - Fundamento para elevação da pena-base equivocado - Recurso provido, em parte.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 882256-0 - Foz do Iguaçu - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: **Des. José Cichocki Neto** - Fonte: DJ, 17.08.2012).

Reconhecimento fotográfico confirmado em juízo é apto a ensejar condenação

Apelação Criminal. Roubo qualificado pelo resultado de lesões corporais graves (CP, art. 157, § 3º, Primeira parte). Condenação. Pedido de absolvição por ausência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Pedido de desclassificação para o delito de roubo impróprio. Inocorrência. Dosimetria. Alteração de ofício. Viabilidade. Fundamentação inidônea para valoração da personalidade e das consequências do delito. Apelo conhecido e desprovido, com alteração dosimétrica de ofício. 1. É cediço que o reconhecimento fotográfico confirmado em juízo é prova apta a ensejar a condenação. 2. A conduta perpetrada pelo ora apelante não se subsume as

hipóteses descritas no tipo do artigo 157, § 1º do Código Penal e, pelo contrário, se amoldam a conduta descrita no artigo 157, § 3º do diploma penal, posto que o ora apelante já as abordou utilizando de ameaças, apontando-lhes uma arma de fogo.

3. A personalidade do agente fora considerada em seu desfavor com os mesmos argumentos utilizados para valorarem seus antecedentes, o que caracteriza *bis in idem*. Ademais: “Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes). (STJ - HC 91.813/RJ, DJe 06/10/2008)”. AC 741.743-0. 5ª Câmara Criminal. TJPR. RELATOR CONVOCADO : JUIZ ROGÉRIO ETZEL. 29/09/2011. 4. “o prejuízo da vítima é inerente ao crime contra o patrimônio e não se presta para fundamentar a análise negativa das consequências do crime”. STJ. 6ª Turma. HC 136451/MS. Rel: Min. Sebastião Reis Jr. J.: 23/08/2011.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 883140-1 - Campo Mourão - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Juiz Subst. em 2º Grau **Rogério Etzel** - Fonte: DJ, 28.08.2012).

Reforma de sentença que aplicou o princípio da insignificância

Furto qualificado. Absolvição. Princípio da insignificância. Insurgência do Ministério Público. A jurisprudência tem definido como critérios identificadores da aplicação dessa teoria (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social

da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. O apelado possui antecedentes criminais, o que demonstra sua tendência a prática de ação delituosa, e que reflete, portanto, no presente caso para afastar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância

na conduta, impondo-se, assim, responsabilização penal pelo crime de furto qualificado (por escalada) consumado, nas penas corporal e de multa mínimas, regime aberto. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 875257-6 - Londrina - 4a. Câ. Crim. – Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 13.08.2012).

PROCESSO CIVIL

Admissível nova avaliação de bem imóvel em decorrência do lapso temporal transcorrido após a última avaliação

Agravo de Instrumento. Imóvel penhorado. 1. Pedido de reavaliação. Possibilidade. Laudo elaborado há aproximadamente um ano e meio. Inteligência do artigo 683, do Código de Processo Civil. 2. Audiência de conciliação. Indeferimento. 3. Hasta pública suspensa. Prazo do edital. Questão prejudicada. 1. É perfeitamente justificável e prudente que se repita a avaliação do bem, em razão do lapso temporal decorrido entre a data da última avaliação e a da praça. 2. Não havendo compulsoriedade na realização de audiência de conciliação, descabe falar em nulidade da sentença. 3. Considerando que as hastas foram suspensas em decorrência da concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, as praças serão remarcadas e, por consequência, eventual vício referente ao prazo de publicação do edital fica prejudicado. Agravo de instrumento conhecido em parte e, nesta, provido parcialmente.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 938979-9 - Sarandi - Ac. unânime - 15a. Câ. Cív. - Rel.: Des. Jucimar Novochadlo - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Ativos pertencentes a terceiro não podem ser penhorados

Apelação Cível. Embargos de terceiro. Bloqueio de ativos financeiros. Comprovação de que os valores pertencem à embargante. Impossibilidade de se efetuar o bloqueio on-line da quantia. Sentença mantida. Impossível o bloqueio de ativos financeiros se, comprovadamente, pertencem a terceiros. Apelo desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 847813-3 - Londrina - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Vilma Régia Ramos de Rezende** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Descumprimento de pagamento de dívida em execução fiscal não enseja a desconsideração da personalidade jurídica da empresa

Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Sócio com poderes de gerência ao tempo do fato gerador do tributo.

possibilidade de vir a ser incluído no polo passivo da execução. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica que não se fazem presentes, no momento. Exegese do art. 50 do Código Civil. Simples descumprimento do pagamento da dívida que não enseja, por si só, a desconsideração. Precedentes. Decisão reformada em parte. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 931094-3 - Marechal Cândido Rondon - 1a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 18.09.2012).

Executado não paga custas processuais quando a execução é extinta por remissão

Apelação Cível. Execução Fiscal. IPVA. Extinção da ação. Remissão dos créditos tributários. Lei nº 15.747/2007. Condenação do exequente ao pagamento das custas processuais. Impossibilidade. Aplicação do Art. 26 da LEF e do enunciado nº 03, desta corte. Exequente que não deu causa ao cancelamento da certidão de dívida ativa. Remissão concedida pelo poder público. Precedentes dessa câmara. Decisão reformada. Recurso Conhecido e Provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 935993-7 - Ac. unânime - 1a. Câ. - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Themis de Almeida Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 03.09.2012).

Para extinção do feito por abandono é imprescindível a intimação pessoal do autor

Apelação Cível - Ação de enriquecimento sem causa - Extinção por abandono - Ausência

de intimação pessoal - Inteligência do artigo 267, Parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil - Necessidade de intimação por edital - Precedentes da câmara e do egrégio Superior Tribunal de Justiça. 1. “1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser imprescindível à extinção do feito, a intimação pessoal do autor, procedendo-se à intimação por edital, quando desconhecido o endereço. A extinção do processo por abandono do autor pressupõe o ânimo inequívoco, ante a inércia manifestada quando intimado pessoalmente, permanece ele silente quanto ao intento de prosseguir no feito, o que não se deu no caso dos autos. 2. (...)” (STJ- REsp 1148785/RS Segunda Turma rel. Min. Mauro Campbell Marques Julgamento 23.11.2010). 2. Apelação provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 915742-4 - Umuarama - 7a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 18.09.2012).

Penhora de percentual do faturamento de empresa é admissível

Agravo de Instrumento - Penhora sobre faturamento - Possibilidade - Precedentes jurisprudenciais - Percentual - Fixação com observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 1 “(...) Por se tratar de medida excepcional, e para não inviabilizar a atividade econômica da devedora, a penhora de seu faturamento deve ser reduzida ao patamar de 10% (dez por cento). 2. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido.” (Agravo de Instrumento nº 853.993-3 Terceira

Câmara Cível rel. Des. Ruy Francisco Thomaz Julgamento: 28.02.2012).. 2. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 897824-1 - Paranavaí - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Possível penhora online antes de esgotados todos os meios de localização de outros bens penhoráveis

Execução fiscal ICMS e multa. 1. Nomeação de bem à penhora Precatório adquirido por escritura pública de cessão de crédito Impossibilidade Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao ADCT-CF, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelo Estado, Distrito Federal e Municípios Edição do Decreto Estadual nº 6.335/2010, pelo qual o Estado do Paraná optou pelo pagamento de seus precatórios nos moldes estabelecidos pelo (novo) artigo 97, parágrafo 1º, inciso I, e parágrafo 2º, do ADCT-CF Crédito de precatórios, antes dotado do poder liberatório do pagamento de tributos (ADCT-CF, art. 78, § 2º), que perdeu sua exigibilidade Penhora desses créditos, que ante sua inexigibilidade., não atende ao interesse do credor CPC, art. 612. 2. Penhora on-line Convênio BacenJud Requisição ao Banco Central do Brasil (Bacen) Bloqueio de ativos em nome do executado, até o valor da execução, junto ao Sistema Financeiro Nacional, para efetuação de penhora CPC, art. 655-A (Lei nº

11.382/2006) Aplicação no âmbito da execução fiscal Interpretação sistemática dos artigos 185-A do CTN, 11 da Lei nº 6.830/80 e 655 e 655-A do CPC Possibilidade dessa penhora independentemente do esgotamento de diligências para localização de outros bens penhoráveis. 2.1. Sistema que dá maior eficacidade ao postulado constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), com isso tornando célere (celeridade processual), mais facilitada e efetiva a prestação da tutela jurisdicional Princípio da máxima efetividade do processo Precedentes desta Corte e do STJ. 3. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Agr. de Instrumento n. 934836-3 - 3a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 10.09.2012).

Questões de ordem pública não aferidas de plano não podem ser analisadas em exceção de pré-executividade

Exceção de Pré-Executividade - Coisa julgada e litispendência - Exceção de Pré-Executividade - Questões não aferíveis de plano - Matérias pertinentes aos embargos de execução que já está precluso - Recurso conhecido e negado provimento. Em sede de exceção de pré-executividade, não é cabível a análise de alegações de questões, ainda que de ordem pública, que não são aferíveis de plano, devendo ser suscitadas e analisadas em Embargos à Execução. Precedentes do STJ.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 880734-1 - 12a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 20.08.2012).

Réu pode contestar o pedido de concessão de gratuidade processual

Agravo de Instrumento - Pedido de concessão de gratuidade processual - Existência de elementos que configuram o chamado “estado de perplexidade”, de modo a impossibilitar a benesse processual - Decisão mantida. - Para a concessão da benesse processual, à “... pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da

parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade.” (STJ - EREsp 388045/RS; Corte Especial. Min. Gilson Dipp. DJ 22.09.2003 p. 252 RDDP vol. 8 p. 126) Agravo não provido por decisão unipessoal do relator (art. 557, *caput*, CPC).

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 939695-2 - Maringá - 11a. Câ. Cív. - Dec.

monocrática - Rel.: Des. **Gamaliel Seme Scaff** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

TRIBUTÁRIO

Cobrança de ISS sobre contrato de arrendamento mercantil

Apelação Cível. Tributário. Ação anulatória de débito fiscal. ISS. Imposto sobre serviços. Arrendamento mercantil. Lançamento por homologação. Ausência de pagamento. Constituição do crédito. Decadência. Prazo quinquenal. Inocorrência. Art. 173, I, c/c Art. 149, II, ambos do CTN. Incidência. Súmula 138 do STJ. Vigência. Competência para cobrança. Município onde é prestado o serviço e não o da sede do estabelecimento. Base de cálculo fixada no valor do contrato menos os valores do bem e do VRG. Multa pelo não recolhimento fixada em 65%. Caráter confiscatório. Redução para 50%. Sentença reformada em parte. Redistribuição do ônus sucumbencial. Apelo provido parcialmente. 1. O contrato de arredamento

mercantil, seja em sua modalidade operacional ou financeira, é uma prestação de serviço, pois implica na disponibilização profissional de bens, que não objetiva essencialmente a transferência de um direito real ou a fabricação ou a produção de algo e, como tal, subsume-se à hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 2. “... mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, revogado pela Lei Complementar nº 116/03, a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto. Precedentes.” (REsp 969109/RS, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/09/07).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 924540-9 - Castro - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 18.09.2012).

Contribuição sindical é compulsória e independe de filiação sindical

Tributário. Ação de cobrança. Contribuição sindical rural. Legitimidade. Inépcia da petição inicial não caracterizada. Aplicação do art. 24, inc. I, da Lei 8.847/94. Enquadramento sindical. Art. 1º do Decreto-Lei 1.166/71. Natureza tributária da contribuição. Caráter compulsório, independentemente de filiação sindical. Art. 568. CLT. Recurso desprovido. A contribuição sindical é compulsória, nos termos dos art. 578 e seguintes da CLT, aplicável a todos os trabalhadores de determinada categoria, assim como o desconto da referida contribuição sindical pode ser recolhido pelas entidades incluídas no rol dos beneficiários, previsto no art. 589 da CLT. (TJ/PR - Ap. Cível n. 250586-4 - Alto Piquiri - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Fernando César Zeni** - Fonte: 18.09.2012).

Entidade religiosa deve comprovar relação entre a propriedade e suas finalidades essenciais para aplicação de imunidade tributária

Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de obrigação tributária. Entidade religiosa. Lançamento de IPTU sobre imóvel de sua propriedade. Lote de terreno urbano vago. Alegada imunidade tributária. Art. 150, VI, 'B' da Constituição Federal. Impossibilidade de concessão. Autora que não comprovou qualquer relação entre o imóvel tributado e o desenvolvimento de suas finalidades essenciais, nos termos

do que dispõe o § 4º do Art. 150 da Constituição Federal. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 866600-8 - Londrina - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 06.07.2012).

Fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária

Apelação Cível - Ação anulatória de débito fiscal - Contribuição de melhoria - Pavimentação asfáltica - Contribuição de melhoria cujo fato gerador é a valorização imobiliária - Fato, contudo, indemonstrado - Valorização presumida - Impossibilidade - Inteligência dos artigos 81 e 82 do CTN e Art. 1º do Decreto-Lei nº 195/67 - Sentença correta - Recurso desprovido. "A entidade tributante, ao exigir o pagamento de contribuição de melhoria, tem de demonstrar o amparo das seguintes circunstâncias: a) que a exigência fiscal decorre de despesas decorrentes de obra pública realizada; b) a obra pública provocou a valorização do imóvel; c) a base de cálculo é a diferença entre dois momentos: o primeiro, o valor do imóvel antes da obra ser iniciada; o segundo, o valor do imóvel após a conclusão da obra." (STJ, REsp nº 615495/RS, T1 Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ. 17/05/2004). (TJ/PR - Ap. Cível n. 877317-5 - Pato Branco - Ac. unânime - 3a. Câ. Cív. - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Fernando Antonio Prazeres** - Fonte: 06.09.2012).

Iluminação pública não é serviço público específico e divisível

Ação declaratória de inexistência de obrigação tributária cumulada com

pedido de repetição de indébito. 1. Inépcia da petição inicial Ausência de documento essencial à propositura da demanda Fatura de energia elétrica do período em que o autor pleiteia a repetição Inocorrência Documento que não é essencial à propositura da demanda. 2. Taxa de serviço Possibilidade de cobrança somente em caso de utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição Iluminação pública que não pode ser considerada serviço público específico e divisível Hipótese de incidência não configurada Ilegalidade da cobrança STF, súmula 670. 3. Repetição de indébito Comprovações de todos os pagamentos efetuados Desnecessidade Suficiência do histórico de pagamento fornecido pela Copel Precedentes desta Corte e do STJ Enunciado nº 1 das Câmaras de Direito Tributário (CDT). 4. Custas processuais e diligências do oficial de justiça Redução pela metade Lei Estadual nº 6.149/1970, art. 23. 5. Recurso parcialmente provido e sentença reformada, nessa extensão, em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 939821-2 - Cambé - 3a. Câ. Cív - Ac. unânime - Rel.: Des.

Francisco Pinto Rabello Filho - Fonte: DJ, 12.09.2012).

Incidência de ITBI na cessão de direitos à aquisição de imóvel e cota condominial

Tributário. Mandado de segurança. Negativa da Administração Pública na expedição de guias para pagamento de ITBI. Possibilidade. Fato gerador caracterizado com o

registro imobiliário sobre o valor venal do imóvel. Imposto que não é devido em razão de promessa de compra e venda. Cessão de direitos à aquisição de imóveis e de cotas condominiais. Contrato de caráter irrevogável e irretratável. Possibilidade de cobrança do tributo.

1. “O fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis ocorre com o registro da transferência da propriedade no cartório imobiliário, em conformidade com a lei civil.” (REsp 771781/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12/06/07) 2. Na cessão de direitos à aquisição de imóveis e cotas condominiais realizadas por atos irrevogáveis e irretratáveis, independente do Registro em Cartório, incidirá o ITBI, por não caracterizar hipótese de promessa de compra e venda ou promessa de cessão de direitos. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 863176-5 - Londrina

- 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 23.08.2012).

Incidência de ISS sobre prestação de serviços realizada por notários e registradores

Agravo (CPC, ART. 557, § 1º) - Decisão monocrática do relator que nega seguimento a recurso de apelação mantendo a sentença de 1º Grau - ISS - Prestação de serviços - Notários e registradores - Incidência do tributo confirmada pela decisão da ADIN 3089/DF - Atividade que pode ser delegada - Inexistência do requisito de personalidade - Ausência de equiparação com os profissionais liberais - Tributação sobre o faturamento bruto da

serventia - Viabilidade - Sentença de improcedência do pedido que se demonstra correta. Decisão mantida. Os serviços prestados pelos Cartórios de Registro Público não se enquadram na categoria de trabalho pessoal próprio, haja vista que a função pode ser delegada, perdendo assim seu caráter personalíssimo. Não se pode olvidar, ainda, que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal, o que retira o caráter personalíssimo dos serviços desempenhados. Recurso desprovido.

(TJ/PR – Ap. Cível n. 904464-8/01 - Barbosa Ferraz - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Cunha Ribas** - Fonte: DJ, 29.08.2012).

Prazo decadencial de cobrança é de 5 anos a contar do exercício seguinte ao não recolhimento de ISS pelo contribuinte

Apelação Cível - Embargos à Execução Fiscal - ISS - Lançamento por homologação - Não recolhimento do tributo pelo contribuinte - Prazo decadencial quinquenal Art. 173, I, DO CTN Inaplicabilidade da tese dos “cinco mais cinco” - Honorários advocatícios - Redução - Impossibilidade - Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. “No tocante aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não havendo o recolhimento do tributo, o prazo decadencial deve ser contado a partir do exercício seguinte aquele

em que o lançamento poderia ser efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.” (STJ, REsp 1284664 / PE, 2ª turma, rel Min. Castro Meira, DJe 23/04/2012).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 935137-9 - Umuarama - Ac. unânime - 1a. Câ. Cív. - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Themis Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 10.09.2012).

Propriedade do veículo e não o registro no Detran caracteriza o fato gerador do IPVA

Agravo de Instrumento - Execução Fiscal - IPVA - Negócio jurídico de compra e venda de veículo entre o executado e a instituição financeira - Inércia desta em comunicar o DETRAN/PR a transferência de propriedade do veículo - Execução fiscal que recaiu sobre o antigo proprietário - Pleito da Fazenda Pública para inclusão no polo passivo da demanda da instituição financeira - Inteligência do art. 130 do CTN e do Art. 6º, inc. I, alínea ‘D’, da Lei Estadual nº 14.260/03 - Responsabilidade solidária do adquirente do veículo - Fato gerador do imposto que é a propriedade do bem e não o registro no órgão de trânsito - Obrigação tributária que acompanha o bem possibilidade de inclusão do atual proprietário do veículo no polo passivo do executivo fiscal - Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 864233-9 - Foz do Iguaçu - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: 13.06.2012).

SÚMULAS DO TJPR*

Súmula nº 43

Em sede de exibição de documentos bancários, não basta a mera menção do CPF ou CNPJ do titular para comprovação da relação jurídica com a instituição financeira, devendo o autor instruir a inicial com indício de prova documental da existência da relação jurídica entre as partes.

Súmula nº 42

O ônus do adiantamento dos honorários periciais na segunda fase da ação de prestação de contas é daquele que requereu a realização da prova ou da parte autora, quando determinado de ofício pelo juiz.

Súmula nº 41

É inexigível, da parte autora, a antecipação dos honorários do curador especial.

Súmula nº 40

Em se tratando de relação de consumo, a natureza jurídica da competência é absoluta, vedado o reconhecimento de ofício em desfavor do domicílio do consumidor.

Súmula nº 39

O direito à percepção do abono de permanência pelo servidor que permanecer em atividade se constitui imediatamente ao implemento das condições referidas pelo art. 40, § 19, da Constituição Federal, independente de requerimento.

Súmula nº 38

Nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva envolvendo direitos homogêneos, face a natureza genérica da sentença, somente após a liquidação é possível a incidência de multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Súmula nº 37

O cessionário de direitos sobre imóveis financiados pelo SFH possui legitimidade ativa para discutir em juízo as cláusulas do contrato de

financiamento, desde que a cessão tenha ocorrido até 25.10.1996. Após esse período, é necessária a anuência da instituição financeira mutuante, nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.150/2000.

Súmula nº 36

É inadmissível, pela instituição financeira, a apropriação de quaisquer valores de natureza salarial da conta bancária do devedor, exceto quando relativo a empréstimo garantido por margem consignável.

Súmula nº 35

A competência para o ajuizamento da ação de pagamento de seguro DPVAT é restrita aos foros dos locais onde ocorreu o acidente, dos domicílios do autor e da ré, sendo este a sede principal ou o da agência em que foi efetuado o pagamento do seguro obrigatório.

Súmula nº 34

A taxa de segurança, que corresponde ao serviço de combate a incêndio, quando instituída pelo município, ainda que por intermédio de convênio, é inconstitucional, tendo em vista que a sua criação é de competência tributária exclusiva do estado.

Súmula nº 33

A exigência de apresentação de certidão negativa de antecedentes para renovação da credencial de despachante não fere o princípio constitucional da presunção de inocência – Certidão positiva é a circunstância de condenação com trânsito em julgado. Certidão negativa, para todos os fins de direito, inclusive para fins de renovação da credencial de despachante junto ao DETRAN, é toda aquela em que nada conste, como aquela com anotação de inquérito e ação penal sem, ainda, trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção da inocência.

Súmula nº 32

As leis estaduais nºs 7.637/1982 e 11.366/96 não infringem o princípio da isonomia, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer alíquotas diferentes para gratificações relacionadas ao Curso de Oficiais de Administração (COA) e ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAO) da Polícia Militar do Estado do Paraná.

Súmula nº 31

Os juros moratórios na nota promissória rural limitam-se ao patamar máximo de 1% ao ano.

Súmula nº 30

Nas hipóteses de invalidez permanente anteriores à Lei nº 11.945/2009, a indenização do seguro DPVAT deverá ser proporcional ao grau do dano sofrido, cuja mensuração carecerá de exame realizado perante o Instituto Médico Legal, ou, em sua ausência, através de perito indicado pelo juízo.

Súmula nº 29

Aos pedidos de complementação de indenização de seguro DPVAT, ainda que relacionados a eventos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.441/92, não se aplica a limitação do § 1º do art. 7º da Lei 6.194/74.

Súmula nº 28

Nas desapropriações por utilidade pública, não obstante o contido no artigo 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, exige-se a avaliação judicial prévia ao deferimento na imissão provisória da posse do imóvel.

Súmula nº 27

O recurso interposto em demanda que visa a declaração da ilegalidade da cobrança de tributos (PIS E COFINS) de forma embutida na conta do consumidor, por se tratar de tema relativo à prestação de serviços, deve ser julgado pelas 11ª e 12ª Câmaras Cíveis.

Súmula nº 26

O recurso interposto em face de decisão proferida em demanda que pretende a restituição dos valores pagos indevidamente pelos consumidores, a título de taxa de esgoto cobrada pela Sanepar, deve ser julgado pela 11ª e 12ª Câmara Cível.

Súmula nº 25

Os diplomas e certificados expedidos pela VIZIVALI, do «Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil», ofertado na modalidade a

distância, não conferem aos alunos concluintes qualquer graduação a nível superior, senão a necessária capacitação para o melhor exercício de suas atividades docentes.

Súmula nº 24

É possível a terceirização do exame psicotécnico em concurso público para Agente Penitenciário do Estado do Paraná, sem que isso implique afronta ao art. 6º, § 2º, da Lei Estadual 13.666/02.

Súmula nº 23

O recurso interposto em virtude de sentença que promove a revisão das cláusulas financeiras de contrato de mútuo com garantia fiduciária deve ser julgado pela 17ª e 18ª Câmaras Cíveis.

Súmula nº 22

A ação de adjudicação compulsória, também denominada ação de outorga de escritura, não apresenta questão dominial a ser dirimida e não foi disciplinada pelo regimento interno, situando-se no âmbito dos recursos alheios à área de especialização.

Súmula nº 21

As ações judiciais contra atos disciplinares militares, nos termos da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, devem ser processadas e julgadas perante a Vara da Auditoria da Justiça Militar.

Súmula nº 20

Em face do regime especial de pagamento introduzido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 (art. 97, ADCT), adotado pelo Decreto Estadual nº 6335/2010-PR, carece de interesse processual o demandante da compensação de débito tributário com crédito representado por precatório; nas ações em andamento fundamentadas no art. 78 do ADCT, extingue-se o processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC).

Súmula nº 19

Os efeitos financeiros da promoção do servidor público (papiloscopista) têm início na data da publicação do respectivo decreto, afastada, nesse aspecto, a disposição contida no Decreto Estadual nº 1.770/2003.

Súmula nº 18

É obrigatório o cadastramento dos magistrados ao sistema BACENJUD, no escopo de se conferir ao processo executivo maior celeridade e garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Súmula nº 17

O pagamento da complementação no seguro DPVAT pode ser exigido de qualquer seguradora integrante do convênio.

Súmula nº 16

Os juros moratórios, em repetição de indébito de contribuições previdenciárias, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva.

Súmula nº 15

Os processos em que se discute a concessão de liminar referente a indisponibilidade de bens em ação civil pública, se faz necessária a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Súmula nº 14

Os processos em que se discute o desconto previdenciário sobrestado pela ADIN n. 2.189-3, de servidores inativos e pensionistas, assim como a repetição do indébito no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998 e da EC n. 41/2003, devem tramitar normalmente até o julgamento de mérito, sem aguardar o julgamento da referida ADIN pelo Supremo Tribunal Federal.

Súmula nº 13

Não se exige o curso de especialização para que os professores aposentados na classe 'E' nível '5' sejam enquadrados na última classe e nível criado pela Lei Complementar n. 77/1996, sobretudo porque o novo diploma legal apenas reclassificou os cargos de carreira, devendo assim ser observados o § 8º do art. 40 da Constituição Federal (art. 35, § 8º, da Constituição Estadual), que estende aos inativos as mesmas benesses concedidas aos servidores da ativa, ao menos àqueles aposentados até a edição da EC n. 41/2003, que modificou a disciplina.

Súmula nº 12

Nas ações de prestações de contas, em ambas as fases, é admissível a concessão de medida liminar de natureza cautelar para impedir ou suspender a inscrição do nome do devedor nos cadastros da proteção ao crédito.

Súmula nº 11

A Lei n. 10.444 de 07/05/2002, que deu nova redação ao artigo 275, I, do Código de Processo Civil e alterou o limite legal de adoção do procedimento sumário de 20 para 60 salários mínimos, tem aplicação imediata a todos os recursos pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça. A competência recursal caracteriza-se como funcional, absoluta, e, portanto, inderrogável, circunstancia a competência de julgamento de todo e qualquer recurso com o valor da ação até 60 salários mínimos para o Tribunal de Alçada.

Súmula nº 10

Se o funcionário público não reclamou contra a supressão da gratificação da percentagem fazendária, em decorrência da Lei Estadual n. 5.978, de 1º de agosto de 1969 (art. 57), passados cinco anos prescreve o próprio fundo do direito e não apenas as prestações correspondentes, a teor do Decreto Federal n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Não se pode manter direito à percepção de vantagem concernente à verba fazendária, já que ela foi revogada por lei (Lei Estadual n. 5.978/69, do art. 57) e definitivamente desfeita por preceito constitucional (Constituição Federal de 1967, do art. 196), contra o qual não se pode arguir direito adquirido.

Súmula nº 9

O recurso cabível da decisão homologatória de simples atualização de conta de liquidação de sentença é o de agravo de instrumento, por não se tratar de ato que ponha termo ao processo (artigos 162, parágrafo 2º e 522, do Código de Processo Civil). É admissível, contudo, o princípio da fungibilidade recursal desde que não decorrido o prazo previsto para o recurso apropriado.

Súmula nº 8

I – As indenizações para desapropriações, equivalentes em ORTNs, com trânsito em julgado, serão convertidas em OTNs. Expedido o precatório, devidamente formalizado, extingue-se a obrigação de acordo com o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil, com o seu efetivo pagamento;

II – As indenizações estabelecidas em cruzeiros, com trânsito em julgado, serão atualizadas até 28/02/1986, de acordo com a Súmula 561 do Supremo Tribunal Federal, sobre o principal, em suas respectivas parcelas, até as datas dos pagamentos efetuadas, deduzidas as importâncias pagas, também atualizadas. Feita a atualização, será a mesma transformada, definitivamente, na mesma data, em cruzados, nos termos dos decretos-leis n. 2.283/86 e 2284/86, com equivalência em OTNs. Expedido o competente precatório, extingue-se a obrigação, com o real pagamento, conforme dispõe o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil.

Súmula nº 7

Nos processos regidos pela Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) não se aplicam as disposições da Lei n. 6.899/81.

Súmula nº 6

A gratificação pela Prestação de Serviços em Regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva incorpora-se, para todos os efeitos, aos vencimentos, e tem como base de incidência, não só o vencimento básico, como também, os acréscimos constitucionais e demais vantagens pecuniárias percebidas ou percipiendas.

Súmula nº 5

A absorção da vantagem determinada pelo artigo 57 da Lei Estadual n. 5.978, de 01/08/1969, não importou em revogação ou extinção da gratificação de risco de vida e saúde instituída pelo Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Paraná de 1949 (art. 123, VI, b) e mantida pela posterior legislação. O vigente Estatuto manteve essa gratificação ao mencioná-la no artigo 127, V, e ao estabelecer no parágrafo único do artigo 354 que, até serem expedidos aos atos complementares referidos nos artigos 173 e 354, *caput*, para execução do Estatuto, continuaria em vigor a regulamentação existente anteriormente.

Súmula nº 4

Nas ações expropriatórias, com a imissão provisória na posse e de desapropriação indireta, são cumuláveis os juros moratórios e os compensatórios, pois os últimos têm finalidade diversa dos primeiros, ou seja, ressarcir o prejudicado pelo não uso da propriedade, durante o período que dela foi privado. Demais disso, tais juros compensatórios não padecem da limitação do artigo 1.063, do Código Civil e devem representar, assim, a melhor taxa do mercado (12% ao ano).

Súmula nº 3

Os adquirentes de imóvel indiretamente expropriado, mesmo que a aquisição ocorra posteriormente ao apossamento administrativo, têm direito de pleitear indenização contra o expropriante.

Súmula nº 2

Nas desapropriações, aplica-se o artigo 30 da Lei nº 3.365, de 21/06/1941, com a seguinte interpretação:

As custas serão pagas:

- 1º) pelo autor, se o réu aceitar o preço oferecido;
- 2º) pelo autor, se o réu recusar o preço oferecido, prevalecendo essa oposição;
- 3º) em proporção, quando o preço oferecido for recusado, apresentando o réu outro, igualmente, não fixado pela decisão.

Súmula nº 1

Na indenização por desapropriação incluem-se os honorários do advogado do expropriado.

* Editadas conforme a nova ortografia. Para consultar o original, com suas fontes, acesse www.tjpr.jus.br.