



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Siqueira Campos, 940/201 - Porto Alegre - RS

Telefones: (51) 3286-5366 - 0800-6478899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.7, 2008

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisor: *Pedro Augusto Furasté*

Tiragem: *1.800 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Nova Prova*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Davi Duarte (Porto Alegre)

Vice-Presidente

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

1º Tesoureiro

Fernando da Silva Abs da Cruz (Novo Hamburgo)

2º Tesoureiro

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

1º Secretário

Ricardo González Tavares (Porto Alegre)

2º Secretário

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

Diretor de Articulação

Carlos Alberto R. de Castro Silva (Recife)

Diretor de Comunicação

Roberto Maia (Porto Alegre)

Diretor de Honorários

Gryecos Attom V. Loureiro (Niterói)

Diretor de Negociação

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Diretor de Prerrogativas

Júlio Vítor Greve (GETEN)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Laert Nascimento Araújo (Aracaju)

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Membros Suplentes

Arcinélío de Azevedo Caldas (Campos dos Goytacazes)

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Maria Eliza Nogueira da Silva (Brasília)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)

Membros Suplentes

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)

Sandro Cordeiro Lopes (Rio de Janeiro)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

MENSAGEM 9

PARTE 1 – ARTIGOS

A pesquisa jurídica na perspectiva da teoria crítica do direito

Iliane Rosa Pagliarini e Celso Hiroshi Iocohama 13

Pós-positivismo

Carlos Alberto Simões de Tomaz 33

Direitos fundamentais, relações de trabalho e capitalismo tardio

Vinicius Cardona Franca 45

A Emenda Constitucional 32/2001 e a tributação através de Medidas Provisórias

Ênio Leite Alves da Silva 77

O ISS e os serviços notariais: proposta de leitura do artigo 236 da Constituição, a partir do julgamento da ADI 3089 pelo STF

Reinaldo Cordeiro Neto 121

A comprovação de titularidade na execução de projetos com recursos do Orçamento Geral da União - OGU

Marcelo Quevedo do Amaral 149

Depósito judicial na Justiça Federal: taxa SELIC, juros e correção monetária na evolução legislativa e jurisprudencial

Eder Maurício Pezzi López 163

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública

Flávio Queiroz Rodrigues 179

Políticas de responsabilidade socioambiental nos bancos: indutoras do desenvolvimento sustentável?

*Maria de Fátima Cavalcante Tosini, Elvira Cruvinel
Ferreira Ventura e Luciana Graziela Araújo Cuoco* 225

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	
<i>Omissão. Art. 535 do CPC. Violação Configurada</i>	<i>255</i>
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Cotas condominiais. Ação de conhecimento.</i>	
<i>Redirecionamento da execução. Impossibilidade</i>	<i>265</i>
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Dano moral. Serasa. Título regularmente protestado.</i>	
<i>Inocorrência</i>	<i>271</i>
Superior Tribunal de Justiça	
<i>SFH. Vantagem pessoal. Definitividade. Prestação. PES ...</i>	<i>275</i>
Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Cargo Técnico. Jornada. Compensação</i>	<i>279</i>
Tribunal de Justiça - RS	
<i>ADI. Consignação em folha de pagamento.</i>	
<i>Exclusividade. Conveniência e oportunidade</i>	<i>283</i>
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>Disparo acidental de alarme bancário. Cobrança de taxa.</i>	
<i>Inconstitucionalidade</i>	<i>295</i>
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>Protesto de títulos sem causa. Endosso translativo.</i>	
<i>Responsabilidade exclusiva do emitente</i>	<i>299</i>
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>Cadastros restritivos. Antecipação de tutela. Devedora.</i>	
<i>Inexistência de direito. Enriquecimento sem causa</i>	<i>307</i>
Tribunal Regional Federal da 5ª Região	
<i>Penhor de jóias. Roubo. Dano moral.</i>	
<i>Indenização indevida</i>	<i>311</i>
Tribunal Regional Federal da 5ª Região	
<i>Sigilo bancário. Requisição pelo MPF. Negativa</i>	
<i>fundada em parecer jurídico. LC 105/2001</i>	<i>315</i>

APRESENTAÇÃO

Apresentamos à comunidade científica e a todos seus assíduos leitores, nas muitas páginas que seguem, mais uma edição da Revista de Direito da ADVOCEF.

Tal publicação, a despeito de ser gestada por uma entidade associativa, estende para muito além das fronteiras de sua corporação de origem a difusão da produção científica. Editada semestralmente desde 2005, as edições passadas revelam uma evolução não apenas quantitativa como também, e especialmente, qualitativa de seu conteúdo.

Composta por um amplo rol de autores e temas diversificados, além de jurisprudência atual e de repercussão inegável, a revista vem construindo reputação e reconhecimento no seio da comunidade jurídica.

O Conselho Editorial da Revista e a Diretoria da ADVOCEF entendem que a construção e difusão do conhecimento constituem mais do que objetivos de uma entidade integrada por profissionais atuantes nas ciências jurídicas e sociais.

Nesse sentido, e rejeitando uma vocação natural de difusora das teses de advocacia de partido, o conteúdo apresentado neste número confirma o conceito universalista da publicação, desvestido de interesses exclusivamente corporativos.

Esta sétima edição vem nutrida pelo ampliado espectro dos temas em debate. A obra que ora se descortina contém artigos de natureza teórica, além de produções de ordem concreta e de proveito cotidiano ao exercício das atribuições dos operadores do Direito de muitos segmentos do saber jurídico.

Tais premissas alinham-se a preceitos exigíveis de todos os que buscam novos e mais consistentes meios de fazer do Direito uma ciência crítica e preocupada com o social, sempre e cada vez mais profundamente.

Diretoria Executiva da Advocef

■ MENSAGEM

O acontecimento do ano.

A crise financeira que abala os Estados Unidos da América é um dos maiores acontecimentos do século, pois seus efeitos podem afetar a economia mundial.

Ela decorreu de uma situação mostrada como se fosse verdadeira. O certo é que ocorreu a emissão de apólices de seguro em quantidade e valores muito além do que as seguradoras teriam condições de responder.

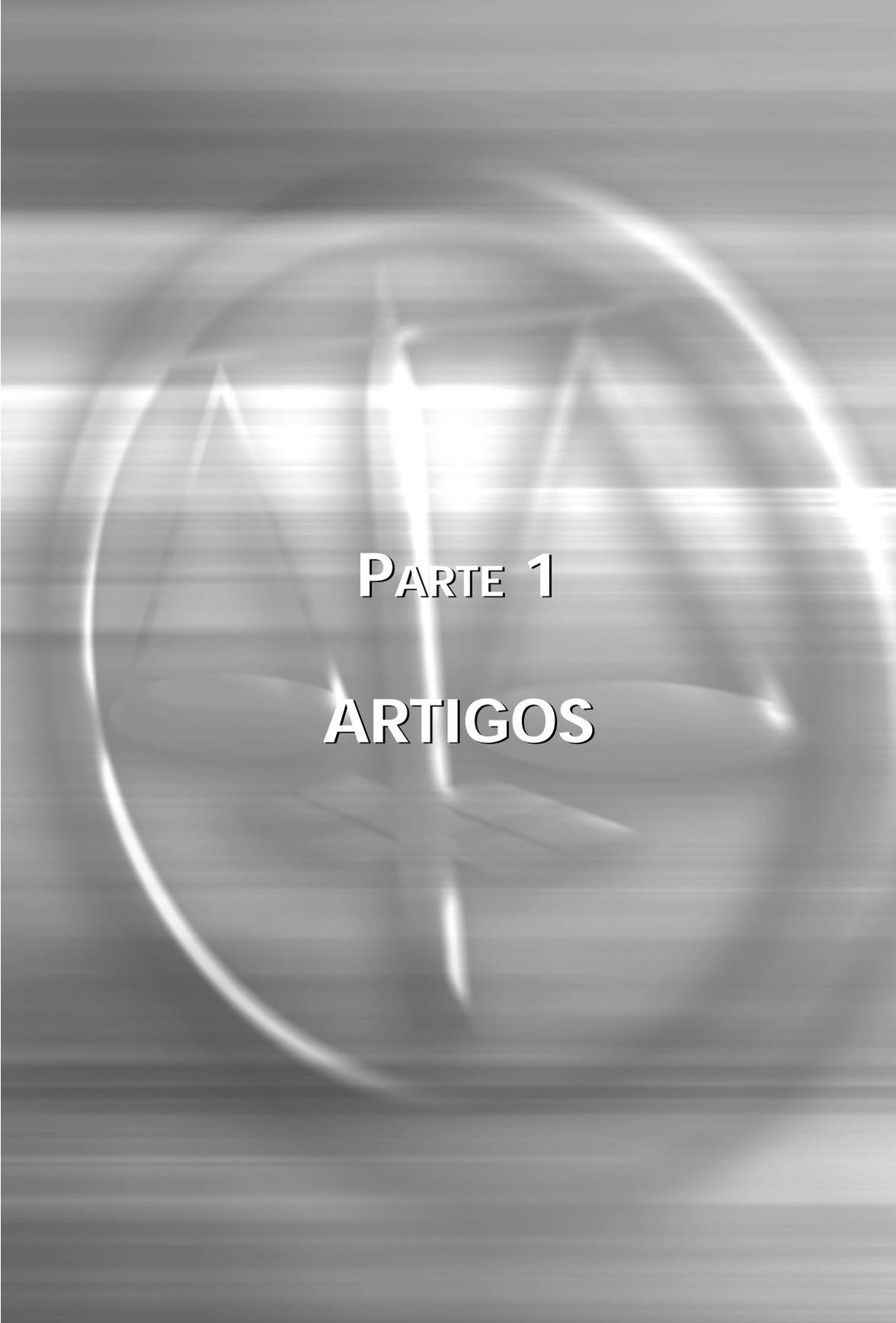
Essa a realidade.

Como se percebe, a verdade deve prevalecer sempre, como forma de resolver as dificuldades.

Mas muitas vezes é o "não" que determina a continuidade da busca, posto que o "sim" representa o término dos esforços.

Foi o não à política atual que, na América, determinou o êxito de Barack Obama, nas eleições há pouco findas, e que o transformou na esperança de um mundo melhor.

Davi Duarte



PARTE 1

ARTIGOS

A pesquisa jurídica na perspectiva da teoria crítica do direito

Iliane Rosa Pagliarini

*Advogada da Caixa no Paraná
Especialista em Direito Tributário pela Universidade da
Amazônia – UNAMA
Mestranda em Direito Processual e Cidadania na
Universidade Paranaense – UNIPAR*

Celso Hiroshi Icochama

*Advogado
Doutor em Direito pela PUC-SP
Mestre em Direito pela UEL
Doutorando em Educação pela USP
Docente e Coordenador do Curso de Mestrado em
Direito Processual e Cidadania na
Universidade Paranaense – UNIPAR
Membro do Comitê de Ética em Pesquisa Envolvendo
Seres Humanos (CEPEH) da UNIPAR
Presidente da OAB PR, Subseção de Umuarama*

RESUMO

A presente investigação trata da importância da pesquisa jurídica, apresentando-se elementos da Teoria Crítica para fundamentar as reflexões sobre seus objetivos. Para tanto, o estudo inicia apontando que as pesquisas científicas são passíveis de comprovação empírica e, portanto, causadoras de maiores polêmicas, uma vez que podem envolver a utilização de seres vivos nos experimentos. Indica-se que as pesquisas jurídicas, desenvolvidas no plano eminentemente teórico, acabam ficando restritas aos ambientes universitários e aos profissionais da área de Direito, mantendo-se, muitas vezes, um discurso que não alcança os interesses sociais. Assim, destacando-se o desvirtuamento do Direito (utilizado como instrumento de manutenção do poder), propõe-se a pesquisa jurídica como uma ferramenta para se ir além dos dogmas impostos historicamente, rompendo com o distanciamento existente entre o Direito e a sociedade para servir como instrumento de libertação e efetivação da democracia e dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pesquisa Jurídica. Teoria Crítica. Dogmas. Direitos Fundamentais.

RESUMEN

La presente investigación objetiva, a la luz de la Teoría Crítica del Derecho, abordar la importancia de la investigación jurídica, haciéndose, primeramente un paralelo con las investigaciones científicas que son pasibles de comprobación empírica y que, por tal hecho, causan mayores polémicas, una vez que pueden envolver la utilización de seres vivos en los experimentos. La investigación jurídica, por su vez, por ser eminentemente teórica, acaba siendo restringida a los ambientes universitarios y a los profesionales del área de Derecho. Como el Derecho puede ser utilizado como instrumento de manutención del poder, la investigación jurídica necesita ir más allá de los dogmas impuestos históricamente, rompiendo con el distanciamiento existente entre el Derecho y la sociedad para servir como instrumento de liberación y efectucción de la democracia y de los derechos fundamentales.

Palabras-Llave: Investigación Jurídica. Teoría Crítica. Dogmas. Derechos Fundamentales.

Introdução

O presente trabalho busca analisar a importância da pesquisa científica para o desenvolvimento da sociedade, fazendo-se, *a priori*, a diferenciação existente entre os estudos realizados na área jurídica e na área das ciências que são passíveis de comprovações empíricas, as quais tendem a ser polêmicas, despertando o interesse da população e da mídia, uma vez que, para a elaboração dos experimentos, podem ser utilizados seres humanos.

Para resgatar a relevância da pesquisa jurídica, faz-se uma abordagem sobre o Estado, o monismo jurídico e a utilização do Direito como meio de manutenção da ordem e do poder vigente.

Da intrínseca relação existente entre o Estado e o Direito, procura-se, à luz da Teoria Crítica do Direito, trazer alguns questionamentos sobre a postura do pesquisador, da sociedade e do próprio Estado, de maneira que a importância da pesquisa jurídica apresente-se como fundamental, não para a manutenção dos dogmas positivistas, mas como forma libertária e asseguradora dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

1 A contextualização da pesquisa

Ao se abordar as pesquisas científicas de uma forma geral, há que se levar em consideração o local em que as mesmas são desenvolvidas, assim como o momento histórico, os fatores sociais, econômicos e culturais da sociedade na qual está inserida, tendo em vista que os Estados e as próprias sociedades são diferentes entre si,

de maneira que o processo histórico de evolução justifica um desenvolvimento não uniforme das ciências.

Com efeito, a ciência, tal como é concebida na atualidade, começa a existir no século XVII, em plena luta contra a Igreja e o Estado medieval, “e uma de suas armas nessa luta foi separar a ciência dos valores, separar o sujeito, o pesquisador, de seu objeto de estudo.”¹

A princípio, defendia-se que o pesquisador deveria ser neutro, não ter preconceitos nem preferências, para não interferir nos resultados de sua pesquisa. Firmou-se, pois, a idéia de que o pesquisador deveria estar separado de seu estudo e a produção do conhecimento seria para uma ciência que tem por interesse apenas o próprio conhecimento em si.²

No final da Idade Média, essa separação do pesquisador e do objeto de pesquisa foi importante “para a ciência vencer sua luta contra a igreja, contra o saber teológico, contra o saber religioso,” como assevera Cemin, destacando ainda que:

Com a “vitória” da ciência e sua extensão para todos os aspectos de nossa vida, as relações entre a ciência, a tecnologia, a política, a empresa e o Estado moderno, são muito estreitas, muito misturadas. Muitos pesquisadores contribuíram para a gente entender o modo de ser da ciência moderna, e hoje nós sabemos que não há ciência neutra, ciência livre de valores e de interesses. Ao mesmo tempo, o cientista, o pesquisador, é um homem como os outros, tendo seus valores, suas preferências e seus interesses. Ele não é um ser acima do bem e do mal. Comete erros, injustiças, e seu trabalho pode ter resultados nocivos para as populações. A ciência, portanto, não pode estar livre de ser responsabilizada por aquilo que ela produz. Entre os bens que a ciência produz estão os valores.³

Quando se trata da pesquisa jurídica, sua produção está fortemente ligada ao Estado, na medida em que o objeto de estudo do pesquisador será a Constituição, as leis, os princípios de todo o sistema e seus reflexos para o processo e para a sociedade.

De fato, grande parte da pesquisa desenvolvida no âmbito jurídico, que se limita a analisar a interpretação das normas jurídicas, corre o risco de se fechar num discurso hermético, incapaz de

¹ CEMIN, Arneide Bandeira. **Ética na pesquisa**. Texto produzido para o Seminário “Ética na pesquisa, o desafio da interculturalidade”, promovido pelo NEIRO - Núcleo de Educação Escolar Indígena de Rondônia, em Porto Velho (RO) no dia 30 de novembro de 2002.

² CEMIN, 2002.

³ CEMIN, 2002.

trazer à compreensão a sua efetiva importância social, como já alertava Azevedo.⁴

Por outro lado, inerente a todo conhecimento está a capacidade de o mesmo ser usado como instrumento de poder. Como bem ressalta Cemin, “o saber na nossa sociedade não está distribuído de forma igual”, e, portanto, “aqueles que sabem mais também têm mais poder”.⁵

Nesse contexto, é possível observar que a pesquisa jurídica pode gerar resultados que não chegam a todos de forma igualitária, uma vez que falta à população, de um modo geral, conhecimentos preliminares sobre Direito, cidadania e democracia. O distanciamento entre ser *cidadão* e conhecer efetivamente seus direitos acaba sendo um constante desafio até mesmo para a própria educação e o desenvolvimento de uma sociedade dentro de um contexto democrático.

De qualquer maneira, esse “desapossamento cognitivo”⁶ acaba por afastar a sociedade da pesquisa jurídica que, embora relevante, acaba por ficar restrita aos ambientes acadêmicos ou a práticas jurídicas, ou ainda, a banco de dados.

Nesse sentido, revela-se a importância da abordagem sobre a pesquisa jurídica na perspectiva da Teoria Crítica do Direito.

2 Sobre o estado, o direito e a teoria crítica: breves considerações

O homem é um ser eminentemente social, pois precisa agrupar-se aos seus semelhantes para viver, e, em decorrência dessa existência em coletividade, nascem as crenças, os costumes, as normas morais, o Direito, o Estado.⁷

Acompanhando a linha do tempo, pode-se visualizar e compreender a evolução do homem, da sociedade, do pensamento e das ciências e, dessa forma, refletir sobre os ideais e dogmas que sobrevivem aos anos para legitimar o poder, a dominação econômica, política e social.

J. Paula traça essa linha do tempo desde a Pré-História até o surgimento da aclamada democracia: o homem na Pré-História, descobria a si mesmo e dominava a natureza que o envolvia. Na Idade Antiga, até a Idade Média, o homem dominava o próximo

⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989. p.29.

⁵ CEMIN, 2002.

⁶ CEMIN, 2002.

⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **O costume no direito**. Campinas: Bookseller, 1997. *passim*.

através de métodos irracionais e, a partir do Renascimento, passa a elaborar “fórmulas de dominação social, como o Contrato Social e o Estado de Direito, cujo ápice é a Revolução Francesa”. Por sua vez, no século XIX, tem-se a dominação de classe “e hodiernamente, consagra-se a Democracia como a legítima força dominadora do Estado burocrático-liberal.”⁸

Ao se fazer a crítica ao Direito como instrumento de legitimação da ordem vigorante pode-se mencionar Coelho, quando afirma que o Direito nos diversos planos em que se apresenta, enquanto experiência social, “pouco ou nada se deixou penetrar pela ordem renovadora”, pois no plano empírico da vida jurídica, o direito serve “como instrumento de dominação: *a história do Direito é a história do poder.*”⁹

A partir do momento em que o Estado concentra em si o poder de estabelecer as normas a serem seguidas por todos, passa-se a crer que esse Estado seja indispensável para existência do próprio Direito, eis que uma visão leiga sobre o mesmo pode concebê-lo somente como decorrente do ente estatal em detrimento aos costumes e às leis da moral.

A consolidação do raciocínio de que o único Direito existente é aquele posto pelo Estado e que é fruto da evolução do pensamento filosófico, do momento histórico em que a burguesia precisava de um Estado efetivamente forte e garantidor de seus interesses. Coelho, ao comentar sobre a concepção monista e estatal do Direito, destaca:

Quando a separação entre o direito e a moral foi elaborada pela filosofia à época do Iluminismo, teve o objetivo político de afirmar a liberdade individual perante o absolutismo, mas o efeito ideológico foi o de substituir a opressão escancarada de uma nobreza decadente pelo absolutismo de uma forma de controle social que interessava à dominação burguesa que se consolidava: a opressão de seu direito, a opressão de sua sociedade estatal, direito que deve ser aceito como a única realidade jurídica, e sociedade que deve ser vivida como a melhor, pois é dirigida pelo direito do Estado, o qual é Estado de direito.¹⁰

Com efeito, esse modelo jurídico surge na Europa já no final do séc. XVI e início do séc. XVII, em decorrência de grandes transformações que vinham ocorrendo: alteração do modo de produção feudal para o sistema do comércio, acarretando alterações nas

⁸ PAULA, 1997, p.310.

⁹ PAULA, 2003, p.2.

¹⁰ PAULA, 2003, p.414.

relações de trabalho, negociais e sociais, tendo em vista a forte ascensão da classe burguesa, a qual, objetivando legitimar seus ideais, bem como adequar o modo de produção ao sistema capitalista, contribui de forma direta para o surgimento do liberalismo, que reflete uma nova compreensão filosófica para o momento histórico que se vivia. A filosofia de Thomas Hobbes e John Locke vem para fortalecer os ideais burgueses, defendendo um Estado forte, totalitário e contratualista.¹¹

Após esse início, a teoria monista do Direito se fortalece com a Revolução Francesa e com as várias codificações do século XIX, consolidando-se, nesse período o liberalismo econômico, a teoria da separação dos poderes e a tomada do poder político pela burguesia.¹²

Embora o processo de estatização do Direito esteja ligado a um momento histórico e político, a idéia do Direito estatal ficou tão fortemente arraigada que todos passam a crer que ele sempre existiu e sempre foi a única e verdadeira expressão do Direito.

Para Coelho,¹³ o pressuposto do monismo jurídico é exatamente essa idéia que foi firmada no senso comum no sentido de que a realidade jurídica é uma só, justamente a que aparece sob a forma de Direito estatal e que, “embora historicamente desenvolvida, superou e integrou as formas anteriores e passou a constituir o emisso do Direito”:

Pelo princípio monista tem-se a impressão de que o direito é legítimo porque se reveste daquelas formas, as quais, elaboradas indutivamente a partir da observação do direito positivo, são apriorizadas pela ideologia e passam a constituir princípio de legitimação do direito estatal.

[...]

A ontológica imbricação entre direito e lei faz com que a aparência determine o ser: o direito do Estado só pode ser legítimo porque é implicado pela atuação legítima do Estado.

[...].

O que evidentemente escapa a essa teorização pós-hegeliana, como já escapara à anterior, são os mecanismos ideológicos que mantêm a crença na estatalidade do direito, substituindo a realidade da dominação dos grupos microsociais hegemônicos, através de seus reis, príncipes, monarcas, parlamentares e ditadores, pelo mito de uma força inerente ao ordenamento estatal.¹⁴

¹¹ PAULA, 1997, p.90-100.

¹² PAULA, 1997, *passim*.

¹³ PAULA, 2003, p.414.

¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3.ed. Curitiba: Del Rey, 2003, p.414, 419 e 422.

O pensamento jurídico, então, passa a ser de que o Direito está imune das influências sociais. Arremata Coelho:

Ou seja, no imaginário jurídico da *communis opinio*, as coisas são assim não porque alguns homens a fizeram, mas porque toda a sociedade o fez em virtude de uma força social oculta que, significativamente, apóia o direito do Estado dominador e não o direito expressado pelos movimentos sociais.¹⁵

O Estado torna-se um “mito” supremo. Na construção de seu significado está inerente seu afastamento para se fazer inclusive respeitar. Como observa Coelho:

O Estado como símbolo da dominação social real sai de si para coisificar-se no imaginário metafísico que o legitima, para depois retomar sua própria idéia, dispensando a legitimação externa a ele, pois se auto-institui como entidade por si mesma legítima e triunfante em sua tarefa de ocupação de todos os espaços normativos da sociedade alienada.¹⁶

A fase moderna do monismo jurídico tem o seu ápice nas décadas de 30 a 50, embasada teoricamente por Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*. Ao discorrer sobre “o problema da ideologia na Teoria Pura do Direito”, Wolkmer, expressa:

Em algumas páginas de sua *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen deixa expresso com muita veemência o rigor formal de uma teoria do Direito que se propõe a erradicar todo e qualquer tipo de “juízo ideológico”. Partindo da dicotomia neokantiana de “ser/dever-ser”, “natureza/cultura” e “causalidade/imputação”, bem como tendo presente o conceito pejorativo de ideologia estabelecido por Marx e seus seguidores, Kelsen proclama sua “ciência do Direito” como pura e naturalmente anti-ideológica.¹⁷

Com efeito, para o referido autor, Kelsen ressalta que o Estado é uma forma de poder que objetiva assegurar o conflito entre a classe dominante e a dominada dentro de uma ordem convencionada, a qual é o próprio Direito, esforçando-se, assim, Kelsen, em comprovar que Marx e Engels confundem o verdadeiro Direito, tido como ciência normativa, com “idéias jurídicas deformadas (uma teoria ideológica do Direito).”¹⁸

¹⁵ COELHO, 2003, p.422.

¹⁶ COELHO, 2007, p.111.

¹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p.175.

¹⁸ WOLKMER, 2006, p.159.

Entretanto, em plena conformidade com essa ordem e democracia apresentadas, os positivistas seguem o dogma da norma pura, contribuindo com suas pesquisas para que o Direito permaneça a ser o instrumento de legitimação do poder, de manutenção da democracia e da igualdade meramente formal, com a sociedade e seus respectivos anseios mantidos à distância das ações do Estado.

Por certo, esse modelo clássico de legalidade positiva, eminentemente vinculado pelas fontes estatais, e embasado em valores liberal-individualistas, segundo Wolkmer, vivencia um esgotamento que “marca seus próprios fundamentos, seu objeto e suas fontes de produção”. Assim, abre-se espaço para a discussão crítica “acerca das condições de ruptura, bem como das possibilidades de um projeto emancipatório assentado, agora, não mais em idealizações formalistas e rigidez técnica, mas em pressupostos que partem das condições históricas atuais e das práticas reais.”¹⁹

Com efeito, o dogma do Estado firma-se ao pensamento da sociedade e do pesquisador jurídico, e a idéia de unicidade do fenômeno jurídico passa a ser difundida fazendo-se crer que o único Direito existente é aquele elaborado pelo Estado, ou seja, o Direito positivo, derivado diretamente do ente estatal que possui o monopólio sobre sua criação, interpretação e aplicação ao caso concreto. A eficácia e império do Direito positivo devem-se ao poder que o Estado possui de aplicá-lo de forma coercitiva, de maneira que, em seu descumprimento ocorre uma sanção.

Rompendo com esse paradigma, Coelho vai além da inovadora metodologia baseada no culturalismo fenomenológico de Reale, Cossio e Goldschmidt, para, em sua *Teoria Crítica do Direito*, elaborar metodicamente:

Um projeto epistêmico inicial, a partir das vertentes consubstanciadas nessa epistemologia, um modelo de saber jurídico que, em vez do escopo descritivo e retrospectivo assimilado pelo senso comum, possa ser construtivo e prospectivo, voltado para o direito enquanto produção social específica de uma sociedade em dado momento histórico e destinado, ainda que indiretamente, à solução de problemas sociais reais e concretos e não para manter dogmas e doutrinas.²⁰

Com efeito, a “*teoria impura*”, como o próprio Coelho a denomina, fundamenta-se em um “pressuposto ontológico oposto ao do purismo metodológico kelseniano”,²¹ a qual pode servir como instrumento apto a afastar tanto a persistente atribuição ao

¹⁹ WOLKMER, 2006, p.183.

²⁰ COELHO, 2003, p.6-7.

²¹ COELHO, 2003, p.7.

fenômeno jurídico como um “direito-em-si” como a separação entre a teoria e a experiência, reconhecendo-se, então, a participação social no processo histórico de transformação do Direito.

Se, historicamente, Kelsen, com sua *Teoria Pura do Direito*, rompeu com o paradigma jusnaturalista, criando o dogma de que a norma emanada pelo Estado deve estar imune aos aspectos valorativos morais, religiosos ou sociológicos, o momento atual nos conduz a mais um rompimento de paradigma: o da validade formal dos direitos e garantias assegurados ao cidadão.

Parafraseando Rosa, no contexto aqui abordado, pode-se afirmar que é dever primeiro do pesquisador jurídico, que, por excelência, conhece e possui a compreensão adequada da Constituição Federal, manifestar-se para que os direitos e garantias individuais e sociais sejam tutelados materialmente pelo Estado.²²

Para efetivação desses direitos, Rosa, adepto da Teoria Geral do Garantismo, a qual, em breve síntese, segundo as palavras do autor, pode ser entendida como “modelo de Direito” estando ancorada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, “com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”, demonstra seu posicionamento crítico.²³

Para o autor, a legitimação do Estado Democrático de Direito “deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos”, pois, do contrário, ocorre a inevitável “deslegitimação paulatina das instituições estatais.”²⁴ Nesse sentido, pontua:

Os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional.²⁵

Com efeito, os direitos – quer de liberdade como sociais – são elementos limitadores do Poder Estatal, e o grau de garantia desses direitos se constitui como parâmetro de medição da legitimidade e qualidade de

²² ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p.38-9.

²³ ROSA, 2003.

²⁴ ROSA, 2003, p.19.

²⁵ ROSA, 2003, p.32.

uma democracia. As garantias funcionam, então, como técnicas de tutela dos direitos, exercitáveis em face do Estado.²⁶

Desse entendimento, é possível perceber que o momento atual a ser acompanhado pelas pesquisas na área jurídica é o de aproximação do Direito à realidade social: a libertação do pensamento e da prática jurídica para que haja a efetividade dos direitos, mesmo que para isso seja necessário admitir a existência de formas plúrimas de solução dos conflitos e, ainda, romper com a barreira formal que inviabiliza a materialização das garantias constitucionais.

3 Paralelo entre a pesquisa jurídica e a pesquisa realizada em outras áreas do conhecimento

Ao se falar sobre a pesquisa científica, de uma forma abrangente, pode-se perceber que o tema tem grande reflexão nas ciências cujas pesquisas são passíveis de comprovações empíricas, porque, nelas, tendem a surgir as maiores polêmicas, provocando debates perante a comunidade científica (envolvendo os pesquisadores e os estudantes) bem como a própria sociedade, tudo sempre ao lado da mídia que acompanha de perto os passos da ciência e de suas descobertas – em especial, aquelas que afetam os seres vivos.

Com efeito, são os avanços conquistados pelas pesquisas nas áreas clínicas, biológicas e tecnológicas que despertam o maior interesse da população, e, por isso, todas as fases da realização dos experimentos acabam provocando uma preocupação e acompanhamento, não somente pela comunidade científica, como também por toda comunidade. De regra, a prática da pesquisa nesta área, quando afeta diretamente o envolvimento do ser humano, amplia-se na preocupação até mesmo de como a pesquisa será realizada, havendo regras que controlam a ética a ponto de não submeter o próprio ser humano a condições indevidas de exposição.

De fato, é na Medicina, ressalta Paiva²⁷ que, pelo risco que a experimentação pode trazer aos pesquisados, os debates sobre as pesquisas e as questões éticas estão mais avançados. Mesmo assim, a autora menciona que, num estudo realizado por Mota, em sua tese de doutorado em Medicina (*A criança como sujeito de experimentação científica: uma análise histórica dos aspectos éticos*), estudou periódicos em pediatria, no período de 1928 a 1996, “e con-

²⁶ ROSA, 2003, p.35.

²⁷ PAIVA, Vera Lucia Menezes de Oliveira. Reflexões sobre ética na pesquisa. **Revista Brasileira de Linguística Aplicada**. Belo Horizonte. v. 5, n.1. p.43-61, 2005. Disponível em: <<http://www.veramenezes.com/etica.htm>>. Acesso em 28/02/2008.

cluiu que, até a década de 70, as diretrizes éticas existentes não eram observadas.”²⁸

Efetivamente, a preocupação com a complexidade das questões relacionadas às pesquisas científicas iniciou-se na área médica, registrando-se como marco o juramento de Hipócrates. Contudo, a primeira norma oficial é de 1947, o Código de Nürenberg, que trata da autonomia do ser humano.²⁹

Posteriormente, formalizou-se a Declaração de Helsinque, de 1964, na qual se “determina que os sujeitos devem receber o melhor tratamento que o país puder lhes dar”, sendo que somente em 1982 surgiram as diretrizes internacionais para a pesquisa biomédica.³⁰

No Brasil, foi em 10 de outubro de 1996, que o Conselho Nacional de Saúde, do Ministério de Saúde, na sua 59ª reunião ordinária, deliberou sobre normas e diretrizes que regulamentassem sobre as pesquisas envolvendo seres humanos, sendo as aprovações compiladas na Resolução nº 196/96, a qual contempla quatro princípios referenciais básicos: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. Essa Resolução, ainda, proporciona “assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, à sociedade, aos projetos de pesquisa e ao estudo.”³¹

Por sua vez, a pesquisa no campo do Direito nem sempre provoca questões tão polêmicas a ponto de despertar o interesse da sociedade como um todo, muitas vezes, por se restringir a estudos eminentemente bibliográficos. Assim, a questão sobre a ética na pesquisa jurídica e, mesmo, eventuais discussões sobre a aplicação do Direito, acaba ficando restrita aos debates acadêmicos, em especial, nos cursos de mestrado e doutorado.

Para Souza “embora a conduta humana seja assunto de interesse do jurista” o desenvolvimento das pesquisas no Direito ocorre de forma diferente:

Nas chamadas ciências experimentais, mesmo naquelas em que a pesquisa se dá *ex post facto*, a manipulação e o controle de variáveis, que operam no pressuposto da existência de relações de causa e efeito, são dinâmicas que interferem com questões éticas, as quais estão presentes não só na forma como se testa a hipótese (que pode envolver utilização de seres humanos, de animais e de cadáveres, v.g), mas também da análise dos resultados e dos testes, a qual leva à aceitação ou à rejeição da hipótese.

²⁸ PAIVA, 2008.

²⁹ CELANI, 2005, p.103.

³⁰ CELANI, 2005, p.103.

³¹ MAGANE, 2006, p.1.

[...]

É preciso reconhecer, entretanto, que nas ciências experimentais, a escolha do tema, na qual o pesquisador já projeta a sua visão de mundo, pode ensejar também reflexões sobre a condição ética da pesquisa. Um projeto que envolvesse o desenvolvimento de clones humanos, por exemplo, desafiando convicções religiosas e morais, causaria polêmica não só porque o tema em si mesmo se afigura questionável do ponto de vista ético, mas também porque a execução e controle da pesquisa, com provável descarte de embriões, suscitaria muitas controvérsias do mesmo ponto de vista.³²

De fato, o referido autor destaca que mesmo o assunto, “o direito à clonagem reprodutiva”, sendo trabalhado em pesquisa jurídica, por não ser experimental, “não ofereceria maiores dificuldades” no campo da ética, já que “não se trata de comprovar que determinadas aquisições teóricas encontram sustentação na realidade fenomênica, como se passa nos experimentos da Biologia.”³³

Por certo, é possível observar a polêmica em relação às temáticas jurídicas, quando a mídia divulga projetos de leis com assuntos correlacionados ao interesse da sociedade, ou mesmo, como tem proporcionando recentemente o Supremo Tribunal Federal, quando está diante de decisões sobre assuntos com grandes repercussões, como os casos do aborto de fetos com anencefalia,³⁴ transgênicos,³⁵ pesquisas com células-tronco,³⁶ etc. Entretanto, a pesquisa produzida pela ciência jurídica quase sempre é acolhida por uma discussão acanhada e reservada ao ambiente acadêmico.

Assim, dentro desse contexto, qual seria a proposta para a repercussão social da pesquisa jurídica?

4 A relevância da pesquisa jurídica

O início da jornada, e as primeiras linhas sobre o desenvolvimento da pesquisa jurídica são realizadas no ingresso do estudante ao curso de Direito, e, muitas vezes, diante de sua imaturidade, começa a elaborar trabalhos acadêmicos sem conhecer o motivo

³² SOUZA, Felipe. Ética em pesquisa: alguns pressupostos epistemológicos no campo do direito. Revista **PUCviva**. São Paulo, 2006. v. 27, p.67-70. 2006, p.67.

³³ SOUZA, 2006, p.68.

³⁴ ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 31/07/2008

³⁵ ADI 3645 / PR – PARANÁ. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 31/05/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

³⁶ O tema foi objeto de recente publicação pela revista Época: “Ao adiar o julgamento sobre o uso de embriões em pesquisas, o STF frustra os pacientes que não têm outra opção a não ser crer no potencial das células-tronco” (março/2008, p.86-9).

pelo qual os faz, muito mais induzido à preocupação com a aprovação na respectiva disciplina do que na expectativa de contribuir para o conhecimento jurídico.

Essa confecção alienada de trabalhos baseados na pesquisa bibliográfica, de regra, estende-se até o final do curso quando, então, o acadêmico depara com a necessidade de elaboração de seu trabalho de conclusão do curso (TCC), constituído pelo formato de monografia ou mesmo artigo, dando-se conta, nesse momento, que a jornada de pesquisa trilhada até ali fora equivocada, pois o que fizera a título de “pesquisa”, pode ter se traduzido em mera transcrição do pensamento exposto pelos doutrinadores, inexistindo, portanto, qualquer viés crítico, de indagação ou de transformação.

De fato, na medida em que a ação desse pesquisador limita-se à transcrição de pensamentos, sem uma intervenção pessoal e reflexiva, fundamentalmente dialética, incorre no risco da aceitação de uma realidade que lhe é apresentada, participando da continuidade de uma ordem jurídica social e politicamente instituída, sem qualquer esboço de reação à necessidade de alterá-la quando, muitas vezes, isso se faz necessário.

Com efeito, o manto da alienação³⁷ do pensamento poderá acompanhar esse operador do direito, o qual será mais um portavoz do discurso voltado à manutenção do poder, muitas vezes passível de crítica:

A violência simbólica do discurso retórico, prescindindo do uso da força, mostra-se muito mais útil ao exercício do poder e à dominação do que a razão do mais forte (Bourdieu, 1089, 209-54). A retórica no campo de uma racionalidade instrumental, posta a serviço da tecnologia, necessitaria, então, de um controle ético, sob pena de soçobrar valores como dignidade, respeito, solidariedade, tolerância e imparcialidade, imprescindíveis ao convívio humano. Sucede que a dificuldade em separar os diversos níveis de produção jurídica (teoria da ciência, dogmática jurídica e prática jurídica) torna difícil a discussão acerca de um controle ético do direito, o qual, por sua vez, é técnica de controle e intervenção social.³⁸

³⁷ A democracia numa sociedade alienada não será plena, mas tão somente relativa ao grau de alienação da maioria de seus indivíduos e de suas elites dirigentes. [...] A alienação traduz a inconsciência acerca do papel que verdadeiramente cabe a cada um na ordem social construída pelos donos do poder e legitimada pela ideologia, mas dissimulada e oculta pelos mitos por ela engendrados. Pela alienação fica a sociedade impregnada de um falso sentimento de bem-estar, a felicidade do homem unidimensional a que se refere Marcuse e a do cidadão que foi induzido a amar o Big Brother, na parábola de Orwell (COELHO, 2005).

³⁸ SOUZA, 2006, p.70.

A ilustração desse quadro negativo, porém realístico, nos conduz à reflexão sobre o papel da pesquisa jurídica como instrumento de libertação e de conscientização da sociedade sobre seus direitos e sobre a efetividade da justiça. Com isso, é possível perceber que, quando o debate se lança sobre os problemas sociais e políticos, a pesquisa pode receber da sociedade seu maior interesse, já que se sente envolvida pelos objetos de estudo. Nesse sentido, em relação à quebra do paradigma existente, pontua Souza:

Em outras palavras, os modelos epistemológicos que constituem os paradigmas tradicionais da pesquisa no direito propõem o exame dos problemas relativos à doutrina e à prática jurídica na base do mesmo discurso envolvido naqueles problemas. A lógica do discurso pragmático, que se vê principalmente nas teorias de Habermas e de Robert Alexy, revela a tentativa de fundar uma metalinguagem epistemológica (teoria crítica da ciência) diversa da linguagem utilizada pelos atores jurídicos (doutrinadores, juízes, promotores, advogados e consultores). Pode-se dizer, então, que o direito está no caminho da superação de antigos paradigmas, incapazes de dar respostas às demandas da sociedade pós-moderna. A universidade tem um papel importante na legitimação destes novos modelos.³⁹

Certamente a universidade tem um papel primordial para a superação da estagnação da pesquisa no Direito, que se efetiva com o incentivo aos questionamentos, à investigação, à leitura e à elaboração de novas sínteses. A educação será sempre libertária e, nesse aspecto, observa Coelho:

Na medida em que se estabeleça que o Estado deve ser o mais ético possível quanto à conduta de seus agentes, em especial os alçados à condição de dirigentes, pode-se considerar que a educação e a cultura do povo é o primeiro e mais importante dever do Estado para com seus concidadãos. Uma sociedade de analfabetos ou semi-alfabetizados é muito mais susceptível de ser ideologicamente manipulada do que uma em que a maioria de seus membros tenha atingido elevado grau de educação.

O abismo entre o mundo desenvolvido e o das nações em desenvolvimento, deve-se em grande parte à prioridade concedida pelo primeiro às iniciativas de desenvolvimento educacional. Disso decorre que toda sociedade pode e deve ser recuperada no sentido de sua autotransformação em ambiente propício ao desenvolvimento moral, do qual depende a plena realização da

³⁹ SOUZA, 2006, p.70.

pessoa humana, o valor-fonte de todos os valores, conforme ensinava Reale.⁴⁰

Diante desse quadro, é importante que o incentivo à pesquisa parta de um contexto de liberdade para o exercício do pensar e do opinar. Sem um ambiente científico fundamentado na possibilidade de se questionar dogmas, não há como superar a pesquisa que se caracteriza por uma mera repetição de um discurso. Isso já é papel do pesquisador orientador, de regra consagrado na figura do professor, que deve saber incentivar seu aluno à pesquisa pautada em critérios e finalidades que vão além dessa mera repetição. Professores que dão trabalhos apenas para atribuir notas são justamente os que menos contribuem nesse sentido, até mesmo proporcionando a consolidação de um senso comum em que a pesquisa é apenas uma falsa atividade.

Entretanto, adotando-se um plano de ação consciente, tem-se por fundamental a capacidade da pesquisa jurídica envolver-se na compreensão dos fenômenos sociais, que é seu fim maior, mas que, muitas vezes, permanece obscurecido pelos discursos legais e eminentemente jurídicos.

A pesquisa no campo do Direito está fortemente ligada ao Estado, pois a produção das normas jurídicas faz parte do monopólio estatal, tornando perceptível à sociedade que o Direito está ligado ao poder e à sua manutenção. Como exemplo dessa visão, o Estado e o Direito, traz-se o depoimento de Grossi;

Em uma aula inaugural florentina de alguns anos atrás eu quis colocar-me ao lado do homem comum com suas peremptórias desconfianças com relação ao direito, declarando explicitamente que com ele concordava: é que aos seus olhos o direito se apresentava sempre sob as vestes potestativa e sancionatória do juiz, do oficial de polícia, de exatos de um imposto; é que ele sempre se dava conta da existência do direito somente no momento da violação, isto é, no seu muito vistoso momento patológico, enquanto era difícil percebê-lo na fisiologia social, no desenvolvimento da sua vida cotidiana, embora incrustada de manhã à noite por uma infirmitude de atos jurídicos.⁴¹

Esse “desapossamento cognitivo” que a sociedade tem do Direito acaba mesmo tornando-o perceptível a ela somente nos casos concretos que envolvem o indivíduo em particular, ou quando a mídia divulga notícias sobre temas que estão sendo debatidos pe-

⁴⁰ COELHO, 2005.

⁴¹ “A formação do jurista e a exigência de um hodierno repensamento epistemológico”. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca.

los juristas: aborto, pesquisas com células-tronco, transgênicos, menoridade penal, ou, ainda, quando ocorre algum crime que se torna polêmico e ganha relevo na imprensa. Nesse momento o Direito surge para a sociedade, mas, de regra, fica atrelado às “vestes potestativa e sancionatória do juiz”, como ressaltou Grossi.

Embora a sociedade ainda não tenha a consciência da relevância do desenvolvimento da pesquisa e do debate jurídico, o processo histórico tem demonstrado que os pesquisadores têm procurado romper com o padrão formalista e legalista do Direito, para, inserido em uma perspectiva crítica, agir com liberdade e autonomia para transformar o Direito posto pelo Estado.

De fato, é preciso que o pesquisador jurídico consiga ir além, para que, através de seus estudos, consiga romper a barreira formal que separa o Direito e sua real efetividade. É preciso ficar esclarecido que não serão somente as pesquisas que, de forma direta, enfrentam os problemas que assolam a sociedade no mundo contemporâneo, tais como a falta de segurança, o caos do sistema prisional brasileiro, a miséria, a ausência de investimentos na saúde e educação, e a corrupção que se espalha pelos poderes legislativo, executivo e judiciário, que terão relevância e reflexos para a sociedade.

A maioria das pesquisas jurídicas, as quais, muito embora não se tornem polêmicas para despertar a atenção da mídia, estão a revisitar os velhos institutos para que, com novos contornos interpretativos tornem-se atuais e aplicáveis aos casos concretos.

O conhecimento jurídico nasce da inquietação humana, surgindo da ação do pesquisador que, com uma visão crítica em suas relações com a ciência jurídica, amparado pela liberdade de pensamento garantida em nossa Constituição Federal, pode pautar sua conduta de forma livre e autônoma. Celani, porém, ressalta sobre a questão do que é feito com o conhecimento adquirido:

A ânsia de busca de novo conhecimento faz parte da natureza humana. Se por um lado a história da humanidade e, particularmente, a história da ciência, nos mostram as inquietações que levaram às grandes descobertas, com conseqüentes avanços, por outro lado nos mostram, também, como nem sempre o uso que é feito do novo conhecimento construído tem por finalidade o bem da humanidade. Será essa busca do novo sempre feita com liberdade, sem preconceitos, com humildade para entender e com grandeza para mudar? Mais complexa ainda é a questão do uso de novo conhecimento. Quem tem acesso ao novo conhecimento? Garante que direitos? De quem? ⁴²

⁴² CELANI, 2005, p.103.

No campo do Direito, a crítica, já mencionada, é no sentido de que o discurso jurídico serve, muitas vezes, como instrumento de manutenção e legitimação do poder.⁴³ Contudo, muitas mudanças já ocorreram, tanto o é que atualmente vivemos em Estado Democrático de Direito. Pondere-se que outras tantas conquistas estão por vir, e todas compromissadas com a proteção do cidadão e de suas liberdades individuais, seja como consumidor, como criança, adolescente ou como idoso.

É ainda bastante fértil a produção acadêmica na defesa do interesse público, do meio ambiente, de uma nova compreensão do Direito privado,⁴⁴ pautado na função social da propriedade e do contrato, na boa-fé objetiva, na equidade.

Dessa maneira, é importante que se tenha em vista a capacidade de reflexão do pesquisador, não somente sobre o objeto de sua pesquisa, mas sobre o seu próprio agir. Certamente que, atento às influências dogmáticas e ao discurso ideológico, o olhar do pesquisador tornar-se-á mais aguçado, a ponto de se precaver contra o risco tendencioso de cair na própria repetição dos discursos.

Assim, talvez falte à pesquisa jurídica a importante interferência de outras áreas, capazes de viabilizar olhares diferentes sobre o mesmo objeto. A pesquisa jurídica precisa tornar-se um pouco menos jurídica, na medida em que a compreensão do fenômeno social perpassa pela visão do pesquisador com formação capaz de compreendê-lo a partir de outros contextos científicos.

De fato, quando há cruzamento de informações de áreas diversas, tem-se a soma de conhecimentos e discursos que procuram compreender um mesmo objeto. No fundo, a pesquisa tende a demonstrar essa verdade, ainda que momentânea (e utópica), sobre determinada circunstância, mas que pode ser bem aprimorada quando não se limita ao risco do mesmo discurso.

Nesse ponto, negar-se a contribuição de outras áreas é voltar-se ao hermetismo do Direito, o que não é recomendável. Hoje, recusar-se o auxílio da Sociologia, da Filosofia, da Psicologia, da Educação, das Ciências da Saúde, da Administração, da Contabili-

⁴³ Nesse sentido, importante trazer o comentário de Oliveira Neto e Cozzolino de Oliveira: "A Constituição de Weimar, de 1919, é considerada o diploma que deu início à ampla constitucionalização dos direitos humanos. Ironicamente, foi sob a égide de tal carta que surgiu e se fortaleceu o movimento nazista, gerador da Segunda Guerra Mundial; lamentável momento de desrespeito a toda a humanidade" (CELANI, 2008, p.139).

⁴⁴ A título meramente exemplificativo podemos mencionar dentre tantos doutrinadores: Paulo Nalin, Gustavo Tepedino, Cláudia Lima Marques, Judith Martins Costa e Jussara Nasser Ferreira (com pesquisa em andamento sobre a Teoria Crítica do Negócio Jurídico).

dade, da Antropologia, ou de qualquer outra, é recusar um universo de outras possibilidades de resultados.

Com efeito, partindo-se do alerta que a teoria crítica faz ao objeto e ao discurso do Direito, pode-se muito bem propor que as pesquisas jurídicas comecem a reconhecer a importância de outras áreas da ciência. Isso levará a parcerias ou ao necessário estudo e conhecimento de outras formas de reconhecer o comportamento humano, essencial para a finalidade do Direito.

Conclusão

Verificou-se, no decorrer do trabalho, que a pesquisa jurídica está em pleno processo de transformação, quebrando-se paradigmas, na medida em que a ação do pesquisador deixa de se limitar à transcrição de pensamentos doutrinários, sem uma intervenção pessoal e reflexiva, fundamentalmente dialética, para então, passar a ter uma visão crítica da realidade que lhe é apresentada.

Um dos grandes objetivos do pesquisador jurídico é romper a continuidade de uma ordem jurídica social e politicamente instituída, na qual o Direito é utilizado como legitimação e manutenção de uma ordem especificamente imposta.

Assim, a pesquisa jurídica passa a ser um instrumento de libertação e de conscientização da sociedade sobre seus direitos e sobre a efetividade da justiça, de forma que, quando o debate se lança sobre os problemas sociais e políticos, o estudo receba da sociedade seu maior interesse, pois irá se sentir envolvida pelos objetos das pesquisas.

Ressalta-se que a universidade tem um papel primordial para a superação da estagnação da pesquisa no Direito, que se efetiva com o incentivo aos questionamentos, à investigação, à leitura e à elaboração de novas sínteses, uma vez que, sem um ambiente científico fundamentado na possibilidade de se questionar dogmas, não há como superar a pesquisa que se caracteriza por uma mera repetição de um discurso.

Com efeito, é necessário que o pesquisador jurídico consiga ir além, para que, através de seus estudos, consiga romper a barreira formal que separa o Direito e sua real efetividade, devendo, também, ficar esclarecido que não serão somente as pesquisas que, de forma direta, enfrentam os problemas que assolam a sociedade no mundo contemporâneo, tais como a falta de segurança, o caos do sistema prisional brasileiro, a miséria, a ausência de investimentos na saúde e educação e a corrupção que se espalha pelos poderes legislativo, executivo e judiciário, que terão relevância e reflexos para a sociedade.

A maioria das pesquisas jurídicas, as quais, muito embora não se tornem polêmicas para despertar a atenção da mídia, estão a revisitar os velhos institutos para que, com novos contornos interpretativos, se tornem atuais e aplicáveis aos casos concretos.

Assim, alerta-se pela importância das parcerias com outras áreas do conhecimento, dando à pesquisa jurídica a capacidade de atuar como um instrumento de libertação (do pesquisador e da própria pesquisa), aproximando-se da sociedade, em atenção à sua finalidade principal.

Referências

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.
- CELANI, Maria Antonieta Alba. Questões de ética na pesquisa em Linguística Aplicada. **Linguagem & Ensino**. Pelotas/RS, ano 2005, v. 8, n. 1, p.101-22.
- CEMIN, Arneide Bandeira. **Ética na pesquisa**. Texto produzido para o Seminário “Ética na pesquisa, o desafio da interculturalidade”, promovido pelo NEIRO - Núcleo de Educação Escolar Indígena de Rondônia, em Porto Velho (RO) no dia 30 de novembro de 2002.
- www.br.monografias.com/trabalhos903/etica-pesquisa-intercultural/etica-pesquisa-intercultural2.shtml. Acesso em 28/02/2008.
- COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do Futuro**. 2.ed. revista. Curitiba: Juruá, 2007.
- _____. **Teoria Crítica do Direito**. 3.ed. Curitiba: Del Rey, 2003.
- _____. **Sobre ética e corrupção**. Reconstituição de palestra proferida no Seminário “Ética e Corrupção”, promovido pela Associação do Ministério Público de Minas Gerais e Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI) em 28 de novembro de 2005, na cidade de Belo Horizonte. (Texto cedido pelo autor aos mestrandos do curso de Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense de Ensino – UNIPAR, 2007).
- FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Direito e ética**: Aristóteles, Hobbes, Kant. São Paulo: Paulus, 2007.
- GROSSI, Paolo. **A formação do jurista e a exigência de um hodierno repensamento epistemológico**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. (Texto cedido aos mestrandos do curso de Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense de Ensino – UNIPAR, 2007).
- MAGANE, Felipe Toledo. O comitê de ética em pesquisa na PUC-SP. **Revista PUCviva**. São Paulo, 2006. v. 27. p.1-3.
- NETO, Olavo de Oliveira; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **Princípios processuais civis na Constituição**. Princípio da isonomia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.137-53.

PAIVA, Vera Lucia Menezes de Oliveira. Reflexões sobre ética na pesquisa. **Revista Brasileira de Lingüística Aplicada**. Belo Horizonte. v. 5, n.1. p. 43-61, 2005. Disponível em: <<http://www.veramenezes.com/etica.htm>>. Acesso em 28/02/2008.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **O costume no direito**. Campinas: Bookseller, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que e garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

SEGATTO, Cristiane. E Gabriela ainda espera. **Revista Época**, São Paulo, n. 512, Editora Globo, 10/03/2008. p.86-9.

SOUZA, Felipe. **Ética em pesquisa: alguns pressupostos epistemológicos no campo do direito**. Revista PUCviva. São Paulo, 2006. v. 27, p.67-70.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

Pós-positivismo

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Ex-advogado da Caixa

Juiz Federal e professor em Belo Horizonte

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo

UNICEUB/DF

Doutorando em Direito pela UNISINOS/RS

Pesquisador UNISINOS/CNPq

RESUMO

Neste ensaio, a partir de uma demarcação teórica para o pós-positivismo, busca-se alçar a compreensão da experiência jurídica sob uma abordagem da teoria-integral como contraponto ao *pragmatismo* sob o influxo do pensamento de Dworkin, mas com olhos voltados para as práticas jurídicas brasileiras.

Palavras-chave: Positivismo. Pós-positivismo. Teoria-integral. Pragmatismo.

ABSTRACT

Based on Dworkin's thinking, the article analyses the juridical experience outside the limits of legal positivism by means of enhance the relevance of the integrity theory in confrontation with the *pragmatism*.

Keywords: Positivism. Post-positivism. Law as integrity. Pragmatism.

Introdução

Em artigo publicado na edição nº 4, mai./07, desta revista,¹ propusemos uma reflexão sobre o positivismo jurídico, já ali alvitrámos uma nova perspectiva de exame do fenômeno jurídico a partir do pensamento de Gadamer. É hora, agora, de, numa perspectiva de avanço, debruçarmo-nos sobre a compreensão do *pós-positivismo* de modo a alçarmos a experiência jurídica sob a abordagem da *teoria-integral* de Dworkin e o contraponto que lhe é oferecido pelo *pragmatismo*.

¹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. "O positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora e uma nova ótica para compreensão da realidade jurídica: a hermenêutica filosófica a partir de Gadamer." **Revista de Direito da ADVOCEF**, ano II, nº 4, mai./07, p.15-25

Trocando em miúdos, o que pretendemos examinar é se a análise das questões filosóficas, da moral e da política encontram-se afastadas da argumentação própria dos juristas práticos (advogados, juízes, promotores, etc.) e se constituem ocupação apenas dos juristas teóricos, ou se as vicissitudes da experiência jurídica hodierna requer da parte daqueles, além do simples manuseio, o balizamento de tais investigações, afastando, assim, a visão do tecnicismo própria do positivismo jurídico que, concebendo a experiência jurídica apenas no âmbito do normativo, enseja, como vimos naquela oportunidade, uma auto-suficiência metodológica altamente sedutora.

Divisa-se, com efeito, uma mudança paradigmática que impõe uma nova qualificação do conhecimento jurídico onde a *prescrição* - guia da auto-suficiência metodológica do positivismo - abre espaço para uma reflexão jusfilosófica ocupando-se de descrever o processo da experimentação jurídica.

Nessa contextura, Dworkin ² alvitra que, no processo jurídico-decisório, os juristas podem deparar com a necessidade de procurar por uma *ascensão justificadora* que não é prevista *a priori*. A chamada *ascensão justificadora* constitui um degrau da ascensão teórica que sempre está lá no horizonte do provável, mesmo quando ninguém ousa dar o primeiro passo, e conduziria o jurista a trabalhar de-fora-para-dentro porque o âmbito do vasto domínio da justificação inclui princípios abstratos de moralidade política. Isso conduziria o jurista a embarcar em longas incursões teóricas, em que a identificação do direito envolve um exercício interpretativo vulnerável a essa ascensão justificadora, pelo que a ele (jurista) deve ser dada a prerrogativa de conduzir este exercício em qualquer tipo de ocasião.

A relevância da teorização conduziria a atuação dos juristas a trabalharem com outras pautas regulatórias além da norma – como os princípios não apenas da ordem jurídica como também da moralidade política – em busca de uma sustentação para a argumentação que se vêem obrigados a tecer diante dos casos difíceis que conduzem, no pensamento de Dworkin, a uma (única) resposta certa.

1 Pós-positivismo

Expungir a neutralidade científica do positivismo e colocar o direito em interação com a moral e a política, ou seja, em maior contato com o mundo da vida impõe, em primeiro lugar, expandir

² 2006, p.16-7.

a experiência jurídica para além da racionalidade formal. Regras de inferência, apropriadas à lógica formal, abrem espaço para uma postura compreensiva do direito, na qual sua validade não decorria exclusivamente a partir de um fundamento igualmente normativo, mas a partir de operações onde possa o jurista desvelar o direito que nem sempre está expresso num texto legal.

É nessa contextura que se pode compreender o pós-positivismo. Conquanto não se possa ainda delimitar com precisão os limites teóricos que sustentam a concepção, porque, sem dúvida, ainda difusos, pode-se, todavia, concebê-la como um novo paradigma para o enfrentamento da experiência jurídica no qual se louvam várias correntes teóricas amparadas, todas elas, em um forte discurso de superação do solipsismo jurídico propugnando por alçar a experiência jurídica num campo de interacionismo com a moral, a política, a economia, enfim, apostando, portanto, numa racionalidade prática.

Diniz & Maia³ destacam cinco aspectos que caracterizam o quadro teórico pós-positivista:

- a) deslocamento de agenda;
- b) a importância dos casos difíceis;
- c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição;
- d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivo jurídico;
- e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.

Esse deslocamento de agenda aponta, prosseguem os autores cariocas,

para três eixos onde se encontram os esforços dos juristas que deixam de lado o foco privilegiado pelos autores positivistas – a estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico: a importância dos princípios gerais do Direito, a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão e funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica.⁴

No exame pós-positivista da experiência jurídica que nos propomos realizar a partir de agora, o caminho a ser percorrido considera, com efeito, essa virada paradigmática na estrutura científica⁵

³ 2006, p.651.

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira revolução na estrutura científica do direito, nos moldes concebidos por Kuhn (KUHN, 2001, p.126), porque a pauta regulatória reduzida exclusivamente à norma positivada deixa de “responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar”.

do direito que, para ser alçada, pressupõe, necessariamente, um abrandamento na dicotomia *prescrição/descrição* como ponto de partida para uma compreensão do direito fora dos domínios exclusivamente normativos.

A própria compreensão do texto e de sua complementação produtiva – a norma – exige que os limites rígidos entre a *prescrição* e a *descrição* sejam rompidos. A diferença ontológica entre texto e norma é capital para se compreender a proposição. Ela se assenta na diferença entre *ser* e *ente*. O *ente*, com efeito, é o *ser* em situação, ou seja, existente. O *ente* tem do *ser*, mas não coincide com a sua totalidade.⁶ Assim, o texto diz muito do direito, mas não pode ser reduzido a ele. O texto jurídico típico para os juristas que trabalham no sistema romano-germânico, como nós, é a lei (acepção ampla), mas que não se confunde com a norma. A norma surge no momento da *applicatio*, isto é, quando diante de uma situação concreta, o jurista extrai um sentido dentro daqueles possíveis que se comportam no texto e permite, com isso, que o *ser* (o direito) se desvele. Isso não significa dizer que o texto (legal) constitua um mero texto. O texto diz muito. Assim como a Bíblia, o texto legal encontra-se carregado de sentido. Lá, o padre ou pastor desvelará a mensagem no momento da pregação – mas o texto em si não é a própria mensagem –, aqui, ou seja, quando se trabalha o texto legal, o jurista desvelará o direito, ou seja, permitirá o devir do ser (o direito) no momento da *applicatio* ou, na linguagem de Dworkin, na *adjudication*. Em qualquer hipótese, todavia, assume extrema relevância, a interpretação, por meio e em ordem a permitir, mediante atribuição de um sentido a partir de uma síntese dialética ul-

⁶ Nesse sentido, Streck se louva de Heidegger para quem *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* Para entender que não há uma separação entre o texto e a norma, há, na verdade, uma diferença que é ontológica, insiste Streck: *“a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido.* O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isso que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. *O texto não existe em si mesmo.* O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si só, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá sempre uma norma.* Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isso não pode significar que haja uma separação (ou independência) entre ambos (texto e norma).* Com efeito – e permito-me insistir neste ponto –, do mesmo modo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), *estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.*” (STRECK, 2004, p.128-9).

trapassando as contradições, o acontecer da verdade fundada na historicidade do ser, na contextualidade e na facticidade, de modo a expressar sua finitude. Mas, adverte Gadamer, “nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”⁷

Nessa contextura, ressalta Gadamer⁸ que “a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós.” Por esse caminho – ainda é dele a lição – “o texto deve ser procurado como um documento cujo sentido real deve ser procurado além do seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição.”⁹

Para que isso ocorra, efetivamente, a teoria assume um lugar de destaque quando fornece meios ou instrumentaliza o jurista prático no trabalho de buscar a resposta mais adequada ao caso concreto em ordem a eliminar vícios que conduzam a um retorno a práticas jusnaturalistas ou normativista-dogmáticas e garantir a presença de limites no processo jurídico-decisório ao escopo de expungir a discricionariedade. De um lado, portanto, se afasta a busca por verdades absolutas e, de outro, o extremado tecnicismo que as práticas positivistas impuseram à experiência jurídica.

A abertura dos textos realça a importância que a *compreensão* assume no novo paradigma, bem como o lugar de destaque em que se coloca a *teoria*. Com efeito, elevar o direito a uma posição além de uma mera técnica social, a uma postura, portanto, científica, exige todo um aparato teórico, ou como quer Dworkin,¹⁰ uma abordagem de *teoria-integral*, que propicie a argumentação jurídica de modo a trazer luz a problemas jurídicos relevantes por meio de “uma vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política.”

A postura pós-positivista de Dworkin começa a emergir a partir daí quando ele reconhece que todo o indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelos tribunais independentemente de prescrição normativa,¹¹ sobressai-se, assim, a importância dos princípios na teorização de Dworkin vetorizada para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão

⁷ GADAMER, 2003, p.436.

⁸ GADAMER, 2003, p.433-4.

⁹ GADAMER, 2003, p.441.

¹⁰ DWORKIN, 2006, p.11.

¹¹ DWORKIN, 2001, p.15.

das decisões judiciais e que aponta para o conhecido problema da juridicização da política, entre nós sob o influxo do ativismo judicial, onde os juizes são chamados a decidir os chamados casos difíceis definindo políticas públicas e, até mesmo, substituindo-se ao legislador.¹² Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.¹³

Com efeito, para Dworkin a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas

de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os efeitos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁴

¹² Segundo Bonavides, “ Em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembléias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p.21).

¹³ Recepcionando a distinção dworkiniana entre regras e princípios, Alexy elabora uma teoria de caráter estrutural-argumentativa estabelecendo regras para a ponderação de princípios (ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 e **Teoria da Argumentação Jurídica A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

¹⁴ DWORKIN, 2002, p.39.

Coisa diversa acontece quando deparamos com colisão de princípios. Deveras, tem razão Dworkin, eles não podem ser, à semelhança das regras, interpretados à base do *all or nothing*. Por isso, congruentemente, Dworkin acrescenta o seguinte:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão.¹⁵

Longe da ponderação¹⁶ assim apropriada aos princípios, no confronto de regras pode-se, sem maiores dificuldades, estabelecer qual

¹⁵ DWORKIN, 2002, p.42-3.

¹⁶ DWORKIN reúne alguns exemplos para mostrar o tratamento diferenciado que os princípios devem receber na prática jurídica a partir da ponderação. Entre eles, destacamos o seguinte: “Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretadas literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime.” O assassino não recebeu sua herança.” (DWORKIN, 2002, p.37). No nosso artigo “Metamorfoses nos conceitos de Direito e de Soberania. O Princípio da Complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”. In: **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, nº 9, ano 16. Brasília: TRF/1ª Região, 2004, p.32-48, utilizamos a ponderação principiológica para garantir conformidade do texto do tratado – que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a dignidade da pessoa humana ali previstos, a inoponibilidade das prerrogativas de foro e de função, a entrega de nacionais à jurisdição do TPI e a pena de caráter perpétuo – com a Constituição.

aquela que deve prevalecer em detrimento de outra, e isso ocorre por meio de critérios que o próprio sistema estabelece.¹⁷

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser a sufragada o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin (2002, p.41), necessita de uma decisão particular.

Efetivamente, as exigências de novas demandas com a satisfação de novos interesses – que ultrapassam em muito os limites dos conflitos individuais – estão a exigir dos juristas uma abordagem que vai além do conhecimento das leis. Contudo, uma decisão judicial, hoje, mais que nunca, é um acontecimento político pelo que juízes, advogados, promotores devem direcionar sua atenção para o problema prático imediato, porque acontecimento político, guiados por uma única questão: como podemos tornar as coisas melhores? Assim Dworkin¹⁸ revela o contraponto à sua *teoria-integral* que propugna, como vimos, por uma tessitura argumentativa a partir da vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política. Esse contraponto está em que as questões jurídicas devem ser resolvidas sob o viés de uma abordagem prática teleologicamente orientada para melhorar as coisas. O *pragmatismo* sustenta, portanto, que advogados, juízes e promotores não precisam fazer uso de ascensão justificadora ao escopo de decidir as questões jurídicas a partir de fundamentação principiológica jurídica, moral ou política.

¹⁷ Cfe. DWORKIN “Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenharia um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que a outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.” (DWORKIN, 2002, p.43).

¹⁸ DWORKIN, 2006, p.11.

Na chamada “Escola de Chicago” o *pragmatismo* tem se erigido como vertente pós-positivista em oposição à *teoria integral* de Dworkin. Seus baluartes são Richard Posner¹⁹ e Cass Sunstein,²⁰ ambos juízes e professores da Chicago Law School. Sob aportes metafísico, pragmático e profissional, sustentam que o recurso à teoria integral pode conduzir a respostas objetivamente corretas para questões complexas da moralidade política, quando, lá fora, no universo dos advogados, dos juízes, dos promotores, e, portanto, no universo dos cidadãos, a teoria pode conduzir a *jogos de linguagem* para referenciar esse universo. Então, a verdade sobre uma questão como, por exemplo, a proteção à liberdade de expressão numa democracia, como ocorreu recentemente no Brasil quando se discutiu nossa decisão judicial que proibiu a importação, comercialização e distribuição do jogo *counter-strike*,²¹ poderia se encontrar erigida sobre uma verdade de acordo com os *jogos de linguagem* de nossa comunidade e não a partir de uma verdade objetiva. Isso validaria atitudes e performances de juízes, membros do ministério público e advogados, ditas visionárias, ativistas de caráter antidogmático, mas experimental, portanto, utilitárias ou *pragmáticas*. Enfim, contra a *teoria integral* o *pragmatismo* tem presente uma objeção profissional, muito comum, também, em *terra brasilis*, onde se alardeia aos quatro cantos que as Faculdades de Direito devem ensinar a pensar como advogado e não como filósofo. Lá nos Estados Unidos, Dworkin²² lembra o jargão: “Somos advogados, não somos filósofos”, como bandeira do *pragmatismo*. Não é diferente, com efeito, do que ocorre aqui, quando igualmente se apregoa que advogados não devem estar afetos a questões teóricas da moral e da teoria política, mas limitados aos simples e confiáveis métodos de análise textual e analógica. Por isso Dworkin insiste em lembrar que

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmatismo utilitarista talvez precise preocupar-se

¹⁹ POSNER, Richard A. Além de professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago é Juiz Federal da 7ª Região. Entre vasta produção científica destaca-se, no que pertine ao *pragmatismo*, a obra **Overcoming Law**. Harvard University Press, 1996.

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. Igualmente magistrado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Dele merece destaque em relação ao tema abordado **Legal Reasoning and Political Conflict**, Oxford USA Trade, 1998.

²¹ Processo nº 2002.38.00.046529-6 (Juízo da 17ª Vara Federal de Belo Horizonte).

²² DWORKIN, 2006, p.24.

com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que se apresenta aos juizes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.”²³

Ao abrir sua crítica ao *pragmatismo*, Dworkin²⁴ dispara de plano: “A abordagem prática parece tão realista, tão sensata, tão americana.”. Podemos, sem dúvida, aqui e agora, parafraseando Dworkin, proclamar: *O pragmatismo parece tão realista, tão sensato, tão brasileiro!*

2 Para não concluir

Hodiernamente, cada vez mais se torna difícil separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado, etc. – daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois essas já não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos genéricos, certas categorias e os caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais conceitos e categorias que a compreensão do direito deixa a desejar.

Evidentemente, não queremos dizer que o cientista prático do direito deva ser um jurista teórico ou um filósofo, mas que os dois modos operacionais – o instrumentalista e o teórico – não se encontram completamente separados. Já não se pode dizer que o primeiro apenas utiliza os resultados alcançados pela investigação sistemática do segundo. Cada dia mais, a ciência é para o jurista prático atividade e não apenas fonte de informação. Nesse sentido, Pedrosa,²⁵ conquanto ainda propugnasse por uma divisão mais estanque das duas atividades, já divisava, contudo, que “na verdade, a atividade do jurista prático não se consome na mecânica aplicação das normas jurídicas, pois supõe o necessário entendimento

²³ DWORKIN, 1999, p.272-3.

²⁴ DWORKIN, 2006, p.11.

²⁵ PEDROSA, 1972, p.5.

dessas normas, sua interpretação. O técnico do Direito é um intérprete, e é justamente isso que o distingue dos demais técnicos.”

Há, todavia, uma perigosa alienação técnica onde sob o rótulo de *operadores do direito*, os juristas práticos agem como se estivessem operando uma máquina, sem se dar conta do modo objetivante como concebem o direito sob um viés exclusivamente normativista, onde a tarefa não desborda do campo da *prescrição*, sentindo apenas curiosidade acerca das questões teóricas. O abandono dessa visão, já propugnado, entre nós, desde 1972, por Pedrosa,²⁶ ainda que sob o influxo de concepção epistemológica de feição positivista, obteve grande impulso, como vimos, no pensamento de Dworkin, onde alcançou refinado nível de teorização.

É preciso, todavia, ter-se em mente que estradas são para jornadas, não para destinos...

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Uma Questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. Elogio à Teoria. In: **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Montes Claros: Faculdade de Direito Santo Agostinho-FADISA, v. 1, n.1, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2003.
- KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

²⁶ Segundo Pedrosa “A concepção do Direito como instrumento corresponde a uma visão parcial, como já dissemos, dessa realidade. Sob a perspectiva teórica, contrapondo-se logicamente à visão pragmática, o Direito converte-se em objeto a conhecer, não a ser manipulado. Em um primeiro estágio esse conhecimento é ciência; em um segundo, filosofia. Têm ambas um ponto comum, que é exatamente a problematização do Direito, isto é, a visualização do Direito como problema, na qual encontra abrigo inclusive o seu aspecto instrumental ou técnico.” (PEDROSA, 1972, p.6).

STRECK, Lenio Luiz. A Diferença Ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: Uma análise a partir do ontological turn. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, UFMG, n. 89, jan./jun. 2004.

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Filosofia e Direito Penal. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba - UFPB. **Revista do Ministério Público de Pernambuco**. Separata. ano 1, n. 2.

Direitos fundamentais, relações de trabalho e capitalismo tardio

Vinicius Cardona Franca

Advogado da Caixa na Bahia

Mestrando em Direito Público pela Universidade

Federal da Bahia, junto à linha de pesquisa

“cidadania e efetividade dos direitos”

Especialista em Direito do Estado pelo curso

JusPodivm/Unyahna

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise de problemas relativos à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, à luz do contexto socioeconômico brasileiro. São discutidas as principais repercussões da eficácia jusfundamental nas relações de trabalho. Apresenta-se a crise do primado do trabalho no modelo econômico global hegemônico, que tende a vulnerar a proteção dos direitos fundamentais laborais. Os poderes empresariais são abordados como possível fonte de lesões aos direitos fundamentais laborais, com suporte no contrato de trabalho, à vista dos poderes diretivos e disciplinares do empregador. O contrato de trabalho, nesse contexto, sofre uma recomposição à luz dos princípios constitucionais para proteger o indivíduo também na sua condição de cidadão na empresa. É apresentada uma abordagem tópica acerca de problemas concernentes à aplicação de alguns direitos fundamentais nas relações juslaborais, presentes nos catálogos constitucionais pátrios e estrangeiros. A questão da eficácia jusfundamental nas relações de trabalho é apresentada sob o prisma da colisão de direitos fundamentais. Ao fim, a teoria dos princípios e as técnicas de ponderação são apresentadas como possível viés de solução.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Relações de trabalho. Teoria dos princípios. Ponderação.

ABSTRACT

The present article proposes to analyse some of the problems related to the applicability of fundamental rights in the labor relations, in the light of the socioeconomic context in Brazil. The main impact of the horizontal effectiveness in labor relations is discussed. It is presented the crisis of the primacy of work in the hegemonical global economic model, which seems oriented to violate the protection of fundamental rights. The employers

powers are discussed as a possible source of injuries to labor fundamental rights, with support on the contract of employment and the directive and discipline powers of the employer. The contract of employment, in that context, goes through a reconfigured conception in order to protect the subject also in his condition of citizen in the company. It is presented an approach on topical issues concerning to the application of certain fundamental rights in labor relations. The matter of the fundamental rights effectiveness in the relations of work is presented in the light of the collision of fundamental rights. At the end, the theory of principles and the balancing techniques are presented for consideration as a possible solution.

Keywords: Fundamental rights. Labor relations. Theory of principles. Balancing.

Introdução

Dentre os palpitantes problemas fornecidos pela dogmática dos direitos fundamentais, destaca-se, por seu especial relevo, aquele que acena com a possibilidade de efeitos jusfundamentais nas relações entre particulares, também denominado eficácia externa dos direitos fundamentais, ou sua eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), ou ainda efeitos horizontais dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*).¹

O tema está longe de poder ser predicado como alguma novidade. Seu desenvolvimento iniciou-se pelo esforço jurisprudencial alemão no final da década de 50, já sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn. As construções teutônicas, por sua vez, refletiram-se com vigor nas doutrinas espanhola e portuguesa, para só recentemente aportarem nos trópicos, fato que só surpreende quem olvida ser o Brasil, ainda, uma colônia, ao menos no plano das idéias.

A eficácia horizontal, isto é, a possibilidade de os direitos fundamentais vincularem também os particulares em suas relações jurídicas privadas, contratuais ou não, tem sido tratada por constitucionalistas brasileiros de destacada produção acadêmica, tais como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, Virgílio Afonso da Silva, entre outros. Contudo, é de se notar que as investigações levadas a cabo, entre nós, praticamente circunscrevem-se à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral. Passa-se ao largo dos efeitos jusfundamentais numa específica espécie de relação privada,

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.1286.

quicá a mais propícia à incidência de direitos fundamentais. Trata-se das relações de trabalho.

A esse respeito, tome-se, como exemplo, a investigação de Daniel Sarmento,² levada a público em obra de destacada repercussão. Ao demarcar os limites de sua abordagem, Sarmento exclui os direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição brasileira em vigor, direitos fundamentais positivados precisamente para vincular particulares, uma vez que o citado autor pretendeu cingir-se àqueles direitos fundamentais cujo destinatário era tradicionalmente o Estado, mas que, em razão na novel concepção horizontal, passaram a ter também particulares como sujeitos passivos.

Sem embargo, mesmo os direitos fundamentais sociais do art. 7º - concebidos para serem exercidos por particulares em face de particulares – abrem amplo leque de problemas que merecem a devida atenção, se não por sua inquestionável eficácia jurídica nas relações privadas, ao menos por sua eficácia social (efetividade), isto é, pelo seu grau de real concretização no plano fático. Não é este, contudo, o enfoque do presente trabalho. De especial vulto são as questões que dizem com a eficácia, nas relações de trabalho, de certos direitos fundamentais histórica e tradicionalmente oponíveis em face do Estado, tais como o direito à igualdade; direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem; liberdade de expressão e opinião; direito à informação; liberdade de crença religiosa e de convicção política e filosófica; sigilo de correspondência e de comunicações em geral; acesso ao Judiciário; ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa,³ entre outros.

Esse rol de direitos fundamentais, em boa parte integrantes da primeira geração ou dimensão, ao tempo em que encontram vasto campo de aplicação nas relações privadas laborais, também provocam tormentosas dificuldades que precisam ser transpostas. Sucede que, no Brasil, desde as reformas getulistas até o presente momento, em que uma segunda grande reforma mostra-se inevitável, as relações entre trabalhadores e empregadores têm sido reguladas pela CLT e por leis trabalhistas esparsas, havendo, em 1988, alcançado grau máximo de jurisdicização, com a constitucionalização de diversos direitos trabalhistas, alçados ao *status* de direitos fundamentais sociais. No entanto, em que pese essa ampla proteção, as relações de trabalho, a sabendas, albergam no seu âmago um fosso abissal de desigualdade fática e jurídica entre tra-

² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.08.

³ SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, v.69, nov. 2005, p.1296.

balhador e o dador de trabalho. Fática, pois o empregador, proprietário dos meios de produção, impõe-se pelo poder econômico; e jurídica, pois o empregador é titular de certos poderes (jurídicos) que lhe habilitam a organizar o empreendimento, controlar o trabalho prestado e disciplinar o trabalhador nas hipóteses de lei.

Em países de modernidade e capitalismo tardios, como o Brasil, com baixos índices de crescimento econômico, vergonhosos indicadores sociais, alta concentração de renda e legiões de trabalhadores desqualificados, desempregados ou subempregados, a relação de dependência e subordinação entre empregador e empregado amiúde dá ensejo a abusos e violações diuturnas dos direitos fundamentais mais básicos. O inadimplemento do contrato de trabalho pelo empregador quase sempre se resolve pecuniariamente, ante o direito potestativo do empregador de resilir o contrato, o que mina qualquer expectativa do empregado a um posto de trabalho, na contramão da Constituição econômica, que tem por princípio a busca do pleno emprego. Nesse ambiente macroeconômico e diante de um arcabouço juslaboral protetor, mas incompleto, “da porta da fábrica para dentro vale tudo”, até que um juiz do trabalho determine o contrário.

O Direito Constitucional do Trabalho europeu – continental, todavia, tem desenvolvido, na esteira da eficácia horizontal, a tendência de buscar a constitucionalização das relações de trabalho em todos os seus aspectos. Conforme será desenvolvido neste excuro, busca-se a condição de “cidadania na empresa”, isto é, ao reconhecimento e garantia não de direitos fundamentais especificamente laborais, mas de direitos de cidadão que se exercem, enquanto trabalhador, na empresa.⁴

Como seria de se esperar, idêntica tendência chega ao Direito Constitucional do Trabalho brasileiro. Sua aplicação entre nós, contudo, suscita questionamentos e perplexidades. É hoje, no Brasil, alcançável essa condição de cidadão na empresa? A participação do trabalhador na gestão do empreendimento, a rescisão contratual mediante contraditório e ampla defesa, a não violação à intimidade e vida privada, a liberdade de expressão e opinião na empresa, liberdade de crença, entre outros direitos, seriam realizáveis em nossa realidade social e econômica, na qual mesmo os direitos trabalhistas clássicos, reconhecidos juridicamente desde final do século XIX e início do século XX, ainda são amiúde vilipendiados por muitos empregadores? O Brasil - e o mundo - ainda está sob forte influxo do neoliberalismo enquanto discurso econômico, so-

⁴ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.60.

cial e jurídico dominante, em razão do qual a estrutura capitalista opõe forte resistência à manutenção de direitos trabalhistas, buscando sua flexibilização e não sua ampliação. Nos países “em desenvolvimento”, como China, Índia e Brasil, a situação se agrava, pois, na busca pela competitividade no mercado externo, o trabalhador, muitas vezes, é tomado pela empresa como mais um insumo, e não como ser humano através de quem o empreendimento é realizado.

É este, pois, o problema proposto neste pequeno excursus: investigar as possibilidades de eficácia jurídica e eficácia social de certos direitos fundamentais nas relações de trabalho, o que se fará através da abordagem da eficácia horizontal geral, da eficácia horizontal especificamente nas relações de labor e, por fim, através da teoria dos princípios como viés de solução.

1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

1.1 Gênese e desenvolvimento

Muitos autores atribuem a origem da eficácia horizontal à passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, conseqüentemente, ao advento dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão.

É dito que os direitos fundamentais de primeira geração, chamados negativos, de defesa, etc, foram concebidos para ser exercidos pelo particular somente contra o Estado que, em razão deles, devia se abster de violar sua vida, liberdades, propriedade e assim por diante. Essa foi, de fato, a função precípua dos direitos fundamentais no calor das revoluções liberais em fins do século XVIII. Todavia, como bem observou Sarmento,⁵ tal acepção não foi de todo fiel ao jusnaturalismo contratualista legado pelo Iluminismo, pois, na ótica do Direito Natural, os direitos do homem eram realidades pré-políticas, anteriores à fundação do Estado e, por conseguinte, plenamente eficazes nas relações interprivadas e em qualquer relação de poder, a bem da verdade.

É também uma idéia comum a assertiva de que o movimento do Estado Liberal para o Estado Social e o advento dos direitos sociais, econômicos e culturais ampliaram a significação dos direitos fundamentais e, como efeito, ensejaram sua extensão às relações privadas. É o que se percebe, por exemplo, no quanto afirmado por Simm:

⁵ SARMENTO, 2004, p.27.

Por isso as transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais fizeram com que estes se tornassem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para eliminar os reduzir as desigualdades entre as pessoas, na busca de uma igualdade material e não meramente formal, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.⁶

Idéia similar está presente em Abrantes:

O Estado Social traz também, no que representa, sem dúvida alguma, o aspecto mais importante da nova concepção de direitos fundamentais, a *modificação do próprio sentido dos direitos e liberdades clássicas*, a que passa a ser reconhecida uma nova dimensão e uma nova função. Ao lado de uma dimensão subjectiva, tende agora a reconhecer-se a esses direitos uma dimensão objectiva, passando os mesmos a ser vistos como contendo (também) *normas de valor*, que devem valer para toda a ordem jurídica, isto é, não só para o direito público, mas também para o direito privado.⁷

Contudo, sugerir que há uma relação direta de causalidade entre advento do Estado Social e eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é exato. É uma aceção que merece reservas, por sua imprecisão histórica.

De fato, o movimento do Estado Liberal para o Estado Providência deu azo a profundas transformações na concepção do papel dos direitos fundamentais, ampliando seu significado. Todavia, a idéia de eficácia horizontal não pode ter surgido automaticamente dos direitos fundamentais prestacionais, simplesmente pelo fato de que tais direitos também foram precipuamente designados para ser exercitados contra o Estado. Embora alguns direitos fundamentais de segunda geração tivessem (e tenham) os detentores do poder econômico como sujeitos passivos, a exemplo dos direitos trabalhistas, o fato é que, na viragem do século XIX para o século XX, o Estado era (como ainda é) o grande gerente da realização de direitos fundamentais, e dele que se esperava (como ainda se espera) a intervenção no jogo das forças econômicas para assegurar trabalho, previdência social, saúde, educação, etc.

A idéia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais só se cogita a partir da construção, pela jurisprudência alemã, nos anos 50, das idéias de "ordem objetiva de valores" e "efeitos irradiantes" dos direitos fundamentais, sobretudo com os desdobramentos do caso Lüth. Desde então, admitindo-se que os direitos fundamen-

⁶ SIMM, 2005, p.1293.

⁷ ABRANTES, 2005, p.29.

tais irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive vinculando o direito privado, começou-se a falar em eficácia horizontal. Na sua origem, início do século XX, entretanto, o projeto do Estado Social contava com sérios problemas de eficácia para vincular o Estado, e *a fortiori* os particulares. Ao discorrer sobre os percalços para a efetiva implementação de Weimar, Alexy aduz:

O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. [...] Na literatura bramia um litígio sobre isso, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica.⁸

Não obstante, impende reconhecer que, embora não se possa falar em relação direta de causa e efeito entre Estado Social e eficácia horizontal, pode-se vislumbrar uma causalidade mediata, pois a própria construção das idéias de ordem objetiva de valores e efeitos irradiantes pela Corte Constitucional alemã tem Weimar em sua gênese. Afirma Alexy:

O balanço positivo deve estar no início. Dele faz parte a teoria do ordenamento de valores dos direitos fundamentais, que nos anos 50 foi acolhida pela jurisprudência e, naturalmente, tem raízes de Weimar. Ela é – sem prejuízo de algumas irritações – a base para a irradiação dos direitos fundamentais sobre todos os âmbitos, portanto também sobre o direito privado.⁹

Fique, pois, bem firmado que a doutrina da eficácia horizontal não surgiu automaticamente (e nem assim poderia ser) do advento do Estado Social. Somente com os avanços e retrocessos, enfim, com a gradativa e dialética afirmação dos direitos fundamentais sociais, desde Weimar até o pós-segunda guerra, puderam a jurisprudência e doutrina alemãs amadurecer a concepção de direitos fundamentais sociais, para só então desenvolver a idéia de eficácia horizontal. É esse um aspecto que, embora sutil e aparentemente despidendo, passa ao largo da percepção de boa parte dos doutrinadores, segundo cremos.

Outra idéia, assaz repetida de forma não crítica, consiste na suposição de que o Estado Social teria acentuado os poderes privados e sua virtual ameaça à dignidade humana e aos direitos fundamentais, razão porque, a partir dele, a eficácia horizontal se faria imprescindível. Todavia, dentro dessa perspectiva moderna de se-

⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.101.

⁹ ALEXY, 2007, p.101.

paração entre Estado e sociedade civil, os poderes privados, quer empresariais, corporativos, religiosos ou partidários, sempre constituíram, a um tempo, sinônimo de liberdade individual – burguesa e potencial ameaça aos hipossuficientes, quer no Estado Liberal, quer no Estado Social, e *a fortiori* nos dias presentes, quando se cogita da fluidez e incerteza pós-modernas.

Não há nexos entre advento do Estado Social e recrudescimento dos poderes privados. Há, sim, ao longo do desenvolvimento do capitalismo, uma linha ascendente de fortalecimento de poderes privados, sobretudo corporações multinacionais, megagrupos empresariais, em detrimento do poder do Estado e sua capacidade de dirigir os rumos da vida econômica e social, o que provocou, à época em que vigorava o Estado Social, a necessidade de estender o raio de alcance dos direitos fundamentais às relações privadas.

1.1.1 A importância do caso Lüth

O caso Lüth foi objeto de pronunciamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958.¹⁰ A seguir, um pequeno excerto do julgado, segundo a tradução livre de Virgílio Afonso da Silva:

A Constituição que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.¹¹

O Tribunal Constitucional entendeu que o chamamento ao boicote levado a cabo por Lüth estava *prima facie* protegido pela

¹⁰ Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, durante um festival de cinema em 1950, concitou o público, os produtores e os exibidores de cinema a boicotarem os filmes de Veit Harlan, a quem acusava de propagar a ideologia nacional – socialista durante o Terceiro Reich, especialmente através da película “Judeu doce”, principal filme da propaganda nazista anti-semita. O tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth à obrigação de não-fazer, isto é, de omitir-se de cada chamamento ao boicote do novo filme de Harlan, “Amante imortal”, sob fundamento de que o chamado ao boicote violaria o § 826 do código civil, que proíbe ocasionar, “em um modo que infringe os bons costumes, um dano doloso a outrem”. Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do *Land*, bem como reclamação constitucional diante do Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2007, p.106).

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p.42.

liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1, da Lei Fundamental). Argumentou que, sempre que a aplicação de normas do direito civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve haver uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação efetuada pelo Tribunal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia diante de princípios em sentido contrário. Lüth, então, venceu.¹²

Alexy¹³ esclarece que, através do caso Lüth, pela primeira vez, a Corte Constitucional alemã pôde desenvolver uma perspectiva mais ampla ou holística dos direitos fundamentais, qual seja a de essa categoria não se esgotar apenas na proteção de determinadas posições do cidadão frente ao Estado.

Prossegue a afirmar que a sentença Lüth reúne três idéias que formaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira reside em que a proteção dos direitos individuais não se subsume apenas à garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão contra o Estado. Por isso os direitos fundamentais personificam uma "ordem objetiva de valores", idéia que foi amadurecida e desenvolvida *a posteriori* pela Corte. Depois o Tribunal referiu-se aos "princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais". Assim, a primeira idéia fundamental lançada pela sentença Lüth pode resumir-se em que os direitos fundamentais detêm caráter não apenas de regras, como também de princípios. A segunda idéia, intimamente imbricada com a primeira, consiste em que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não apenas para as relações cidadão-Estado, mas, além, "para todos os âmbitos do Direito". Assim é que surge a idéia de efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. A terceira idéia repousa em que tanto valores como princípios, dadas suas estruturas, tendem a colidir. Diante da colisão de princípios, diz o Tribunal alemão: "Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens."¹⁴

Destarte, foi a partir das noções de ordem objetiva de valores, eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado que se preparou terreno fértil para que germinasse a idéia da eficácia horizontal. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionariam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que corresponderiam à decisão constitucional básica, ou ainda às bases da ordem jurídica.¹⁵ Nessa perspectiva, o raio de incidência dos direitos fundamentais

¹² ALEXY, 2007, p.107.

¹³ ALEXY, 2007, p.106.

¹⁴ ALEXY, 2007, p.108.

¹⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.107.

transcenderia a relação indivíduo-Estado para proteger a pessoa humana em toda e qualquer situação de perigo ou ameaça de aviltamento de suas posições jurídicas fundamentais, inclusive nas relações mantidas com outros particulares, que a um só tempo figurariam como titulares e destinatários de direitos fundamentais.

1.2 Teorias sobre a relação entre direitos fundamentais e direito privado

Muito embora não seja este o espaço idôneo para apresentar e criticar a contento as teorias que procuram explicar o fenômeno da eficácia horizontal, não se pode fugir a uma explanação, ainda que superficial, dos principais elementos de tais modelos teóricos, sem os quais qualquer abordagem do presente tema fatalmente se mostrará incompleta.

O primeiro deles, em verdade um não-modelo,¹⁶ consiste na negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Trata-se de uma doutrina minoritária, que sustenta a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais baseada, sobretudo, em razões históricas ou na dita função “clássica” que os direitos fundamentais desempenham ou deveriam desempenhar no ordenamento jurídico: funcionar exclusivamente como direitos de defesa do cidadão perante o Estado. Nessa linha, destaca-se o pensamento de Uwe Diederichsen.¹⁷

Outro grupo minoritário no direito estrangeiro envolve os modelos chamados de equiparação e de imputação. O modelo conhecido como equiparação corresponde à construção pretoriana da *State Action Doctrine*, concebida nos Estados Unidos, onde a doutrina e a jurisprudência se mantiveram fiéis a uma acepção liberal dos direitos fundamentais.¹⁸ Nessa ótica, a constituição e os direitos fundamentais nela insculpidos só vinculam, *prima facie*, o próprio Estado. Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se, e tão-somente, o particular encontrar-se investido do desempenho delegado de alguma função pública típica (*public function theory*) ou se, em sua conduta, puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos.¹⁹

Já o modelo da imputação corresponde à teoria de Jürgen Schwabe, para quem, ao contrário da *state action*, em que ações privadas são equiparadas a ações estatais para vincular os particu-

¹⁶ SILVA, 2005, p.68.

¹⁷ *Apud* SILVA, 2005, p.74.

¹⁸ SILVA, 2005, p.99.

¹⁹ SARMENTO, 2004, p.299.

lares aos direitos fundamentais, o particular é “liberado” dessa vinculação e seus atos são imputados diretamente ao Estado. O fundamento de Schwabe consiste em que, se um particular viola o direito fundamental de outro, e tal ação violadora não é disciplinada por norma infraconstitucional, essa conduta deve ser encarada como que permitida pelo Estado, a quem a responsabilidade da violação deve ser imputada diretamente, em razão de sua omissão na esfera legislativa para reputar ilegal a conduta do particular.²⁰

Foi na Alemanha, entretanto, que se desenharam os dois modelos que recepcionam em maior grau a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber, o modelo de efeitos indiretos e o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O modelo de efeitos indiretos, também conhecido como teoria da eficácia indireta ou mediata, foi desenvolvido especialmente pela doutrina de Günter Dürig.²¹ O ponto de partida desse modelo é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, ou um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. A fim de conciliar os direitos fundamentais e o direito privado sem que haja um domínio dos primeiros sobre o segundo, propõe-se a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Exige-se a intermediação do legislador, que deverá elaborar lei infraconstitucional contemplando e imprimindo maior concreção à previsão constitucional. O juiz, por sua vez, em caso de ausência de norma ordinária reguladora, deverá, no máximo, invocar cláusulas gerais e “conceitos indeterminados” presentes no sistema privado ou, ainda, invocar princípios constitucionais apenas como vetores hermenêuticos para interpretação e aplicação do direito privado, mas jamais aplicar diretamente os direitos fundamentais para solucionar lides entre particulares.

O modelo de efeitos diretos ou teoria da eficácia direta ou imediata foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, quando na presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, a partir de uma decisão sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, em 1957. Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos” e, portanto, prescindem de mediação legislativa para lograr eficácia nas relações privadas. Nisso repousa a diferença fundamental entre o modelo de efeitos indiretos e o de efeitos diretos, posto que, nesse último, mesmo sem o material normativo do direito privado e, sobretudo, a despeito desse material, os direi-

²⁰ *Apud* SILVA, 2005, p.104.

²¹ *Apud* SILVA, 2005, p.80.

tos fundamentais conferem diretamente direitos subjetivos aos particulares nas relações que travam entre si. Demais disso, Nipperdey sustentava que a aplicação horizontal dispensa o uso de “artimanhas interpretativas”, vale dizer, os direitos fundamentais não precisam de qualquer “porta de entrada”, ou dos “pontos de infiltração” das cláusulas gerais, para surtir efeitos nas relações interprivadas.²²

Cabe alertar, contudo, que a complexidade dos problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vai muito além da mera adesão irrefletida a um dos modelos citados. Sucede que muitas análises acerca da eficácia horizontal limitam-se à exposição dos modelos consagrados doutrinariamente e à opção por um deles, ainda que acompanhadas por algumas poucas proposições originais. A mera descrição formal de modelos, bem como a adesão a um deles, não é suficiente para uma teorização coerente sobre a constitucionalização do Direito e, mais especificamente, sobre os efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, a pretensa dicotomia entre eficácia direta e eficácia indireta já não se justifica teoricamente, assim como a visão que põe necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e autonomia da vontade. Como se verá ao fim deste excurso, o viés de solução dos problemas que envolvem a ampla aplicação de posições jusfundamentais nas relações privadas, inclusive trabalhistas, passa pela teoria dos princípios e pela técnica da ponderação. Por ora, debrucemo-nos sobre o tema principal aqui versado: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

2 Direitos fundamentais nas relações de trabalho: o *drittwirkung* laboral

A adequada compreensão da relevância da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho passa necessariamente por três eixos temáticos, a saber: o quadro macroeconômico global e sua repercussão nas políticas de emprego; a questão dos poderes empresariais e a posição jurídica e econômica subordinada do empregado como potenciais ameaças aos direitos fundamentais, na perspectiva do contrato de trabalho; e a abordagem tópica de alguns direitos fundamentais presentes no catálogo brasileiro e da maioria das constituições ocidentais, à luz de uma adequada interpretação da Constituição do Trabalho e da luta pela afirmação do Direito do Trabalho na vigência do modelo econômico hegemônico.

²² *Apud* SILVA, 2004, p.87.

2.1 O primado do trabalho e o modelo capitalista em vigor

A crise geral do modelo econômico liberal, que teve seu auge e marco no episódio do *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, deu lugar ao advento de meio século de hegemonia da chamada teoria econômica neoclássica intervencionista, capitaneada especialmente por John Maynard Keynes, cuja obra mais marcante foi “A teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, publicada em 1936. Triunfava um modelo de Estado intervencionista nas relações econômicas e promotor dos direitos sociais. O domínio do pensamento reformista, desde os anos 30 do século XX, conferiu aos países ocidentais industrializados, a partir de 1945, três décadas de elevado crescimento econômico, de generalizada distribuição de serviços públicos e de relevante participação da renda-trabalho nas riquezas nacionais.²³

De acordo com o economista francês Dominique Plihon, citado por Delgado,²⁴ os três pilares da sociedade e economia capitalistas durante o Estado Social eram:

a) relação salarial fordista, baseada num compromisso capital-trabalho apto a organizar a distribuição dos ganhos da produtividade oriunda da organização científica do trabalho, ensejando uma rápida e regular evolução salarial;

b) políticas públicas de estabilização macroeconômica, com o escopo de garantir uma progressão regular da demanda direcionada às empresas;

c) a administração e controle sobre os sistemas financeiros, viabilizando o financiamento bancário competitivo e eficiente das forças econômicas, através de taxas de juros baixas, submetidas às autoridades monetárias.

No entanto, novas crises econômicas, como o choque do petróleo nos anos 70, ensejaram o retorno das concepções econômicas liberais, representadas pela escola austríaca de Frederick Hayek e pela escola de Chicago, de Milton Friedman, proponentes de um conservadorismo extremo e defensores intransigentes do capitalismo *laissez-faire*. O novo liberalismo, neoliberalismo, ultraliberalismo, enfim, o pensamento liberal readaptado à globalização e às demandas do fim do século XX, retornou com um receituário que se propunha a debelar as crises, contornar as ineficiências das prestações sociais pelo Estado e promover crescimento econômico.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo sem reciprocidade: a política pública de destruição do emprego. **Revista LTr**, n.08, vol.69, ago, 2005, p.918.

²⁴ DELGADO, 2005, p.919.

Esse receituário envolveu uma profunda reorientação das políticas econômicas por parte dos principais países capitalistas, em favor de rigorosas medidas de natureza liberal-monetarista; uma atuação generalizada de distintos organismos internacionais ou multilaterais de estruturação da economia e de políticas públicas ao redor do globo; controle da inflação como prioridade absoluta; mudança profunda no sistema cambial, com o fim da até então prevaiente sistemática de conversibilidade do dólar e da regra orientadora de câmbios nacionais fixos, iniciando-se a era das taxas flutuantes de câmbio; busca da liberalização das fronteiras nacionais à livre circulação de mercadorias e ao capital financeiro, especialmente o especulativo; elevação dos juros, com rentabilidade desproporcional para aplicações financeiras; contratação do crédito para os agentes econômicos ou, quando inexistente tal crédito, sua oneração com juros elevados para empresas e consumidores; diminuição ou eliminação da atuação econômica direta do Estado, com privatização das empresas estatais; restrição do próprio investimento público na economia e na sociedade, seja aquele realizado diretamente, seja o contratado por entidades privadas.²⁵

As mudanças são justificadas pelo novo pensamento liberal em razão de três grandes fatores, que teriam sido a causa de um suposto desemprego estrutural e de um suposto processo de perda de relevância da relação de emprego e do próprio trabalho. São eles: as mudanças provocadas pela terceira onda de revolução tecnológica do capitalismo; as mudanças vinculadas à reestruturação empresarial nas últimas décadas, seja pela descentralização do empreendimento, seja pelas alterações nos métodos e sistemas de gestão das empresas e de sua força de trabalho, a exemplo da passagem do fordismo-taylorismo para o toyotismo; a acentuação da concorrência no mercado mundial.²⁶

Esta suma descrição do modelo capitalista em vigor tem um objetivo: constatar que, enquanto o Direito do Trabalho conserva em seu âmago o primado do trabalho e do emprego, assim como a ordem econômica estabelecida na maior parte das constituições, o modelo econômico hegemônico trabalha em sentido oposto, a fim de desvalorizar e desprestigiar a importância do emprego formal e mesmo do trabalho como o conhecemos. É à vista dessa tensão que devem ser pensados os problemas envolvidos na eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

²⁵ DELGADO, 2005, p.920-1.

²⁶ DELGADO, 2005, p.915.

2.2 Poderes empresariais versus direitos fundamentais no contrato de trabalho

A natureza da relação que se instaura entre trabalhador e dador de trabalho, a partir da celebração do contrato de trabalho, está bem ilustrada nos seguintes dizeres de Pérez:

Por lo demás, la situación de dependencia del trabajador constituye típicamente una relación de poder entre particulares: el empresario ostenta un poder (de naturaleza económica y jurídica) de dirección y organización del trabajo ajeno. Esta relación de supremacía especial, cualificada como “subordinación”, condiciona no sólo su autonomía “productiva”, sino también su propia libertad de acción y concepción.²⁷

De fato, ao longo da história humana, as relações de trabalho sempre estiveram albergadas num quadro mais amplo de relações de força e dominação, quase sempre caracterizadas pelo aviltamento da condição humana. Não é diverso no modo de produção capitalista, que de maneira inédita conseguiu reduzir ao *status* de insumos do processo produtivo atividades humanas lúdicas, religiosas ou fortemente arraigadas na tradição, o que levou Marx e Engels²⁸ a afirmarem que “a burguesia [...] transformou em seus trabalhadores assalariados o médico, o jurista, o padre, o poeta, o homem de ciência”.

Ao obrigar-se através do contrato de trabalho, o obreiro aliena e disponibiliza suas forças e aptidões psicofísicas, colocando-se numa situação de subordinação e dependência jurídica perante o dador de trabalho, que com supedâneo no contrato exercerá as prerrogativas de direção, controle e organização do serviço, bem assim de disciplina do próprio empregado porventura faltoso. Se, por um lado, o condicionamento da vontade do trabalhador constitui elemento estrutural de qualquer vínculo obrigacional de trabalho subordinado, por outro lado a “heterodisponibilidade” do obreiro abre margem para amplas restrições de sua liberdade pessoal, restrições estas suscetíveis de ultrapassar de forma desmedida os limites da mera execução da atividade contratada.²⁹

A relação de trabalho subordinado, mais do que qualquer outra, alberga um plexo de direitos e obrigações com especial aptidão para condicionar, limitar ou restringir os direitos fundamen-

²⁷ MONEREO PÉREZ, Jose Luis. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996, p.53.

²⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.48.

²⁹ ABRANTES, 2005, p.44.

tais do trabalhador. A restrição de direitos fundamentais pode advir diretamente das cláusulas do contrato, ou ainda, do poder disciplinar legal do empregador, do regulamento de empresa ou mesmo das decisões patronais cotidianas suscetíveis de atingir as posições jusfundamentais do trabalhador.

Mas não é somente no âmbito da execução das obrigações principais, na prestação do trabalho contratado, que o empregado está sujeito a restrições às suas posições jurídicas fundamentais. Sucede que, mesmo fora da empresa, em sua vida privada, o trabalhador pode ver-se adstrito a certos deveres acessórios de conduta, baseados na cláusula geral de boa-fé.³⁰ Ora, decerto que o empregador espera do empregado uma conduta social proba, honesta segundo a moralidade média, isto é, que se comporte segundo os padrões do *bonus pater familias*. Contudo, muito além disso, atualmente grassa nos Estados Unidos, por exemplo, uma tendência empresarial em exigir do trabalhador a ação ou abstenção de certas condutas que extrapolam de forma irrazoável os deveres acessórios de conduta, chegando a violentar a própria personalidade do trabalhador. Nessa linha, algumas empresas naquele país têm exigido que seus empregados se abstenham de fumar, mesmo fora do estabelecimento, enquanto outras exigem que seus funcionários se abstenham de praticar esportes radicais, tudo a bem da imagem da empresa. Cuida-se do chamado *lifestyle discrimination*.

Quer-se afirmar, com isto, que a organização empresarial é uma verdadeira estrutura de poder, que subordina seus trabalhadores através das prerrogativas contratuais e legais do dador de trabalho, prerrogativas essas da maior relevância para o funcionamento da organização produtiva enquanto estrutura hierarquizada e voltada à persecução do lucro empresarial. No preciso dizer de Abrantes,³¹ cuida-se de “um verdadeiro poder de julgar e punir, sem paralelo no domínio privado”. Não por outro motivo, o contrato de trabalho é, quiçá, mais do que qualquer outro, condicionado constitucionalmente por princípios e regras cujo escopo é assegurar a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana do trabalhador, bem assim mitigar o exercício sem peias, desproporcional, dos poderes empresariais.

Assiste-se hoje, portanto, a uma segunda fase de constitucionalização dos direitos trabalhistas, que busca a chamada “cidadania na empresa”, isto é, a garantia de direitos não especificamente ou tradicionalmente trabalhistas, mas direitos de cidadão comum que o trabalhador exerce no âmbito da empresa.³² Lá,

³⁰ ABRANTES, 2005, p.46.

³¹ ABRANTES, 2005, p.49.

³² ABRANTES, 2005, p.60.

afinal, o trabalhador não deve abrir mão dos direitos de que são titulares todas as pessoas, e de que ele próprio é titular “da porta da fábrica para fora”, diante dos seus concidadãos e do próprio Estado. Antes, também no seio da execução do contrato, o trabalhador faz jus a ser tratado com isonomia, a expressar livremente sua opinião, inclusive em desacordo com a opinião patronal, a exercer seu culto e professar livremente seu credo, a ter resguardada a sua intimidade e a não ser disciplinado ou mesmo despedido sem ser devidamente ouvido e ter suas razões consideradas antes da tomada de decisão pelo empregador.

Nos países de capitalismo mais avançado, quer-se hoje uma recomposição constitucional do contrato de trabalho, com vistas à valorização da pessoa humana em todos os seus aspectos no âmbito da execução contratual.³³ Busca-se “despolitizar” a empresa, a fim de superar a antiga concepção fascista de empresa autoritária que vigorou em países como Itália, Espanha, Portugal e Brasil, entre outros, em que o poder patronal tinha fundo político e decorrida da autoridade do Estado,³⁴ o qual procurava, então, patrocinar a pacificação social pela imposição de uma falsa idéia de comunhão de interesses entre capital e trabalho, que malograva mascarar a conflituosidade inerente a essa relação.

Tal como se democratizou o Estado, busca-se democratizar a empresa e *procedimentalizar* o poder de direção empresarial, através de mecanismos de proteção das posições jusfundamentais dos trabalhadores, mediante instrumentos de informação e consulta anteriores à tomada de certas decisões empresariais de grande impacto e repercussão social. Observa Simm³⁵ que, como se afirma na Itália, “a Constituição entrou na fábrica”.

2.3 Eficácia jusfundamental nas relações de trabalho e capitalismo tardio brasileiro

Uma vez amplamente reconhecida a necessidade de aplicar os direitos fundamentais às relações laborais, de recompor o contrato de trabalho à luz da Constituição e de garantir ao trabalhador a condição plena de cidadão na empresa, impende agora analisar topicamente os problemas ensejados pela eficácia horizontal de alguns direitos fundamentais, diante da realidade socioeconômica brasileira e das limitações de nosso capitalismo “emergente”.

³³ ABRANTES, 2005, p.62.

³⁴ SIMM, 2005, p.1295.

³⁵ SIMM, 2005, p.1207.

Como transpor as idéias européias para um contexto de baixo crescimento econômico e desemprego crônico, no qual há uma reserva de mão-de-obra desproporcionalmente superior à oferta, e no qual o dador de trabalho ainda pode dispor livremente do posto de trabalho, compensando pecuniariamente o obreiro pela resilição do contrato, com supedâneo no seu direito potestativo? É um desafio que precisa ser tratado com parcimônia e equilíbrio.

As dificuldades de implementação da eficácia horizontal não param por aí. A doutrina em geral tem colocado em campos necessariamente opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade, de igual cariz constitucional. Dentro dessa perspectiva – passível de crítica – o problema reconduz-se ao fato de que, num conflito de interesses entre particulares, todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais. Portanto, segundo Sarmiento,³⁶ o espaço de autodeterminação individual poderia ser excessivamente comprimido de forma liberticida se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transportados sem quaisquer adaptações para o campo das relações privadas, uma vez que o indivíduo, se considerado devedor de direitos fundamentais, é também credor deles. Antes, porém, de enfrentar esse problema, importa observar como certos direitos fundamentais, presentes no catálogo da Constituição Federal de 1988 e na maior parte das constituições, operam seus efeitos nas relações privadas trabalhistas.

2.3.1 Direito fundamental à igualdade

Afirmar, sem mais, que o empregador tem o dever geral de observar o princípio da isonomia no trato dos trabalhadores, não consegue responder à complexidade de certos conflitos laborais que desafiam o intérprete e aplicador do Direito. No que toca ao direito fundamental à igualdade nas relações de trabalho, é oportuno considerar o pensamento de Gil y Gil, ao qual nos alinhamos.³⁷

Para Gil y Gil, não há um dever absoluto de trato igual de todos os empregados por parte do dador de trabalho. Tomando o exemplo de uma pluralidade de trabalhadores que abusa do direito de greve, seria inadequado sustentar que o empregador só dispõe de duas opções: ou bem sancionar todos ou bem não sancionar ninguém. Afirma Gil y Gil:

La convivencia humana se basa em la diferencia de trato. ¿Cómo habría de tratarse igual a los amigos

³⁶ SARMENTO, 2004, p.175.

³⁷ GIL y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993, p.125.

que a los enemigos, a los conocidos que a los extraños, a los propios que a los ajenos? El derecho no puede imponer a los particulares la igualdad de trato em sus relaciones jurídicas de índole privada, porque ello supondría una constricción insoportable de la libertad personal. El derecho debe condenar, tan sólo, las diferencias de trato que se basen en una discriminación, o que resulten irrazonables.³⁸

Ainda consoante aquele autor, não há um dever geral e absoluto de igualdade no domínio privado laboral.³⁹ Ao empregador é dado, portanto, fazer certas diferenças entre seus empregados, como conferir a alguns melhores salários como recompensa por maiores resultados e produtividade. Não lhe é lícito, sem embargo, estabelecer discriminações irrazoáveis, arbitrárias, apenas para satisfazer um capricho. É repulsivo ao Direito, portanto, discriminar um trabalhador por se encontrar sindicalizado, ou pela cor da sua pele, ou fazer diferença salarial entre homens e mulheres de mesma posição hierárquica na organização.

Conclui, dessarte, que o juiz há de determinar se a diferença de trato é justificável ou se se trata de um puro e simples ajuste de contas.⁴⁰ A perspectiva desse juslaborista, portanto, toma o princípio da igualdade como relativo e, assim, sujeito a um juízo de ponderação.

2.3.2 Direito fundamental ao devido processo legal

Avulta de maneira especial a cizânia em torno da eficácia do direito fundamental ao devido processo legal no âmbito do “processo negocial”, expressão de que se valem alguns processualistas para designar as relações privadas em geral sob um prisma eminentemente processual.

Essa é talvez uma das mais revolucionárias conseqüências da doutrina da eficácia horizontal, pois propõe que os direitos fundamentais ao *due process of law*, ao contraditório e à ampla defesa vinculem não somente o Estado, como também os particulares. A idéia é que os particulares vinculados entre si por relações jurídicas não se valham de prerrogativas contratuais ou legais para modificar a situação jurídica da outra parte sem a sua prévia oitiva e oportunidade de defesa. Exemplos comuns são: a aplicação de pena ao condômino que violou a convenção condominial; a organização religiosa que excomunga um membro; o clube que aplica pena de

³⁸ GIL y GIL, 1993, p.126.

³⁹ GIL y GIL, 1993, p.129.

⁴⁰ GIL y GIL, 1993, p.130.

exclusão a um associado, etc. Nessas situações, sustenta-se que ao sujeito deve ser dada a oportunidade de se defender amplamente e de ser ouvido efetivamente, na busca de convencer em seu favor a instância decisória privada.

O mesmo se cogita para as relações trabalhistas, ao menos pela doutrina européia mais vanguardista. Fala-se em direito de defesa do trabalhador, nas hipóteses de despedida por justa causa. Gil y Gil apresenta a controvérsia no Direito Espanhol em termos da aplicabilidade imediata ou apenas indireta do art. 7 da Convenção 158, da OIT, o qual dispõe:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.⁴¹

Referido juslaborista coloca o direito de defesa na relação de trabalho como um princípio elementar de justiça, ao partir da noção de despedida como a máxima das sanções, que não pode prescindir de prévio diálogo entre as partes. A observância do devido processo, aduz ainda o citado autor, permite que um sistema de relações trabalhistas possa ser qualificado como minimamente civilizado.⁴² Ainda que não se admita a aplicabilidade direta do princípio desde a constituição ou da convenção da OIT, sustenta-se a aplicabilidade do direito de defesa através do princípio da boa-fé objetiva como fonte de integração do contrato, solução que consubstancia a teoria da eficácia indireta.

Sem embargo, a própria Convenção 158 da OIT estabelece o princípio da razoabilidade como critério de limitação do direito de defesa. Ora, na qualidade de norma-princípio, o direito fundamental de defesa é relativo e está sujeito à ponderação na sua aplicação ao fato. O próprio Gil y Gil sustenta que o direito de defesa na relação de trabalho não deve se converter numa prerrogativa aos moldes do Direito Administrativo.⁴³ A normatização de um procedimento rígido no âmbito da CLT, por exemplo, se mostraria incompatível com a dinâmica necessária à gestão empresarial.

Ideal seria, à satisfação do princípio sem comprometimento da autonomia da vontade empresarial, o estabelecimento em acordo ou convenção coletiva ou mesmo em regulamento de empre-

⁴¹ *Apud* GIL y GIL, 1993, p.102.

⁴² GIL y GIL, 1993, p.105.

⁴³ GIL y GIL, 1993, p.113.

sa, de procedimento que albergasse minimamente a notificação regular e escrita do trabalhador, prazo para defesa, com possibilidade de apresentação de documentos, ouvida de pessoas, etc, assistência facultativa pelo sindicato ou advogado, enfim, um procedimento que impedisse a aplicação da despedida como pena, sem a possibilidade de o empregado influir na decisão em seu próprio favor.

Para muitos, a aplicação dessa doutrina no Brasil soaria quase herética. De pronto, argumentar-se-ia que a possibilidade de restringir, dificultar, burocratizar ou engessar a livre despedida do empregado não se coaduna com as necessidades do livre mercado e comprometeria a competitividade das empresas no mercado global, especialmente de países emergentes como o Brasil cujas possibilidades de competição já se mostram assaz prejudicadas por fatores diversos. O argumento, porém, só é válido para quem enxerga o trabalhador como mais um insumo do processo produtivo, de que se quer dispor livremente, e não como um ser humano e cidadão, portador de valor e dignidade e merecedor de cuidados, como elemento central e imprescindível de qualquer organização.

Verifica-se no ordenamento juslaboral francês dispositivo que consagra o direito de defesa do empregado diante da iminência de sanção disciplinar ou mesmo a despedida. Dispõe o art. L 122-14, parágrafo primeiro, do *Code du Travail*, que o trabalhador faz jus a uma “entrevista prévia”, na qual o empregador deverá expor os motivos da decisão e ouvir as razões do obreiro.⁴⁴

A questão de fundo que subjaz a essa celeuma conduz a perguntar se o empregador dispõe livremente ou não do posto de trabalho do empregado. Ainda se justifica aceitar, entre nós, um direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho? A questão deve ser respondida à luz da função histórica e ideológica do Direito do Trabalho e, sobretudo, ao lume da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988.

Palomeque Lopez⁴⁵ apresenta o conflito laboral como “conflito matriz ou arquétipo da sociedade capitalista”, que ensejou o surgimento do Direito do Trabalho como uma resposta defensiva do Estado a fim de conter e institucionalizar o conflito entre capital e trabalho em termos compatíveis com o sistema econômico estabelecido, de modo a impor a esse conflito um canal de desenvolvimento compatível com a permanência e o progresso do capitalismo das vigas mestras da sociedade burguesa. A função histórica e ideológica do Direito do Trabalho se insere no quadro mais amplo

⁴⁴ GIL y GIL, 1993, p.112.

⁴⁵ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p.19.

do Estado Social, que representa, ao fim e ao cabo, uma tentativa de solução de compromisso entre o interesse do capital e os interesses econômicos, sociais, culturais e políticos de legiões de vitimados pelo capitalismo industrial inconseqüente do século XIX.

O Estado Social como solução compromissória é visto por muitos como fracassado e hoje superado pela pós-modernidade. Fala-se da incompatibilidade de princípios e projetos que o Estado-Providência procurou harmonizar. Maestro Buelga procura apresentar o espírito de Weimar nos seguintes termos:

La existencia de principios contradictorios en la Constitución expresa la naturaleza pacticia Del nuevo Estado, resultado de la confluencia de intereses de clase antagonicos em el proceso constituyente. [...] Así, Weimar es una constitución sin decisión, en la medida en que su contenido no expresa proyecto político alternativo. Weimar es la impotencia o la inexistencia de compromiso que permitiera desplegar efectos a los principios socialistas incorporados a la constitución.⁴⁶

O fato, porém, é que essa tentativa conciliatória está ainda juridicizada em boa parte das constituições ocidentais, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais internos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art.1º, IV); como objetivo “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 2º, III); como princípios da Ordem Econômica a propriedade privada (art.170, II), a função social da propriedade (art.170,III), a livre concorrência (art.170, IV), a busca do pleno emprego (art.170, VIII); e como base e objetivo da Ordem Social, respectivamente, o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais (art.193).

Parece que, se por um lado, a livre iniciativa é garantida ao empresário, permitindo-o decidir sobre os rumos que deve dar ao seu empreendimento, por outro lado, a incidência de direitos fundamentais, como o devido processo legal, nas relações trabalho, homenageia os objetivos constitucionais de cada vez mais aproximar a economia nacional duma situação de pleno emprego. Assim, por mais que haja imperativos macro ou microeconômicos, crises, necessidade de reestruturação empresarial acompanhada de despedidas em massa, nada disso deveria passar ao largo da plena fiscalização e acompanhamento sindical, cujo papel é exigir do dador de trabalho, nesses casos, a exposição clara dos motivos econômicos ou simplesmente estratégicos que conduziram à decisão

⁴⁶ MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002, p.25-6.

e, além, a negociação como forma de contenção dos efeitos colaterais das decisões empresariais sobre os trabalhadores. Tudo isso consagra um amplo processo coletivo de diálogo, que amiúde tem acontecido, mas que também deve ocorrer no plano individual, através da jurisdicização de um *due process of law*.

Baylos, considerando o direito ao trabalho na Ordem Social da Constituição de Espanha, afirma que:

As políticas públicas de emprego devem continuar centradas no fomento do emprego indefinido e na transformação do trabalho temporário em trabalho por tempo indefinido, pressionando, assim de maneira modesta certamente, para limitar os processos de precarização e de destruição do emprego.

[...]

A todas essas esferas de regulamentação, deve unificar o princípio do pleno emprego, entendido num sentido forte como emprego com qualidade, base do exercício da cidadania.⁴⁷

É possível e necessário, mesmo num contexto de economia emergente, como o contexto brasileiro, a aplicação do devido processo às relações de trabalho, quer se trate de despedida enquanto sanção disciplinar, quer se trate de despedida por razões financeiras, de gestão estratégica, etc. Na segunda hipótese, que suscitaria mais controvérsias, ainda que não se possa falar, entre nós, no direito subjetivo a um posto de trabalho, é possível conter e controlar despedidas absolutamente arbitrárias através da exigência de um processo que envolva diálogo, possibilidade de convencimento em contrário, fiscalização sindical e plena, exaustiva e satisfatória motivação da decisão empresarial, inclusive com o fito de desestimular a possibilidade do empregador de sempre solucionar pecuniariamente a resilição do contrato.

2.3.3 Objeção de consciência

Um dos mais caros direitos fundamentais de primeira dimensão é a liberdade de crença religiosa e de convicção política ou filosófica, presentes direta ou indiretamente em quase todos os catálogos de direitos fundamentais, nas constituições e nas declarações de direitos, que prevêm a possibilidade de objeção de consciência para a proteção dessa importante expressão da democracia e da dignidade humana.

⁴⁷ BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. Revista trabalhista – direito e processo, 2004, p.50.

Em princípio, não é dado ao trabalhador invocar a objeção de consciência para imiscuir-se da prestação laboral à qual se obrigou. Sem embargo, há casos em que a obrigação contratada deverá sucumbir diante da possibilidade de objeção.

A Lei Fundamental de Bonn garante em seu art. 4 a liberdade de crença, consciência e religião. Na Alemanha, já se reconheceu a um tipógrafo do direito de se recusar à composição de textos belicistas; a um médico, o direito de não colaborar em experiências para síntese de um novo medicamento, a ser utilizado com fins militares; e ainda a dois trabalhadores judeus de uma fábrica de armamentos, o direito de não tratar de encomendas destinadas ao Iraque, então em guerra com Israel, dentre outros casos.⁴⁸

2.3.4 Liberdade de expressão

No que concerne à liberdade de expressão nas relações de trabalho, a jurisprudência dos tribunais alemães já não tem se mostrado tão generosa. Interpretações restritivas desse direito fundamental no âmbito empresarial alemão têm sido construídas com supedâneo nos deveres de lealdade do trabalhador, em valores contratuais como os da “paz na empresa” ou da “mútua colaboração baseada na confiança”. As violações desses deveres têm servido para configurar justa causa de despedimento, como a panfletagem comercial frente à empresa, uso de emblemas de propaganda política no interior do estabelecimento e mesmo discussões sobre futebol.⁴⁹

Trata-se de um direito fundamental essencial à condição de cidadania, que também deve acompanhar a pessoa humana na sua condição de trabalhador. Não se admite um ambiente de trabalho em que impera a mais absoluta censura, pois ao trabalhador deve ser garantida a possibilidade de se manifestar individualmente, especialmente acerca das condições de trabalho e remuneração. Entretanto, cuida-se de princípio que sofre forte influxo contrário do dever de lealdade, pelo que se conclui que a liberdade de expressão na empresa abre vasto campo de problemas a ser solucionados pela ponderação.

2.3.5 Empresas de tendência

Trata-se de organizações cujas finalidades vinculam a prestação laboral dos empregados aos seus objetivos e ideais. A especial posição do trabalhador e o conteúdo ideológico de suas atividades

⁴⁸ ABRANTES, 2005, p.155.

⁴⁹ ABRANTES, 2005, p.157.

des determinam e agravam os deveres pessoais e éticos decorrentes de sua fidelidade à organização, motivo pelo qual esse trabalhador deverá proteger e promover com zelo redobrado o interesse do empregador, por muitas vezes mesmo fora do local de trabalho e longe das atividades contratadas, na sua intimidade e vida privada.⁵⁰

Exemplos são as instituições de ensino confessionais. Uma escola católica certamente terá graves reservas quanto a um professor que se divorcia, ou comete algum ato que se mostre contrário à fé cristã. Nesses casos a tendência jurisprudencial na Europa é admitir uma ampla restrição dos direitos fundamentais do trabalhador, inclusive no que tange aos seus direitos à vida privada, à liberdade de expressão, etc.

2.3.6 Direitos fundamentais à intimidade e à vida privada

Sob esta rubrica, coloca-se um amplo leque de problemas relacionados à intimidade, à vida privada, à autodeterminação da própria imagem e ao sigilo das comunicações enquanto direitos fundamentais do trabalhador.

Com respeito à intimidade do trabalhador, é dizer, fatos de sua vida pessoal que mesmo seus familiares e íntimos podem desconhecer, como preferências sexuais, hábitos, vícios, etc.⁵¹ há inúmeros casos de sistemática violação de tal direito fundamental por parte do empregador, como o uso indevido de câmeras de vigilância; testes psicológicos no curso de processos de admissão sem o conhecimento dos candidatos; buscas e revistas íntimas em pessoas e coisas, entre outros.

No que toca à vida privada do trabalhador, a saber, suas relações familiares e sociais, estranhas ao desempenho dos serviços contratados, bem como ao direito de autodeterminação da própria imagem, destacam-se problemas relacionados com o controle patronal indevido sobre o estilo de vida do trabalhador, sua aparência física no que diz com o cabelo, vestuário e acessórios, hábitos sociais, *hobbies*, etc. Nos Estados Unidos há forte tendência de algumas empresas em praticar o chamado *lifestyle discrimination*, mediante o qual deixam de contratar ou sancionam trabalhadores que praticam certos hábitos reputados indesejados pela companhia, como o hábito de fumar, mesmo na própria residência; prática de esportes radicais, em alguns casos até discriminando-se trabalhadores motociclistas.

⁵⁰ ABRANTES, 2005, p.158.

⁵¹ SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. *Revista LTr*, n.01, v.70, p.65-71, jan, 2006, p.68.

Outro problema a ser enfrentado é a questão do sigilo das comunicações, diante da prática de muitas empresas de monitorar o computador usado pelo empregado, rastrear o envio de *e-mails* e fiscalizar e até proibir a navegação em certos sítios na *Internet*. Muitas restrições ao uso desses equipamentos são plenamente justificáveis. Pesquisas nos Estados Unidos demonstram que trabalhadores gastam até 40% do tempo à disposição da empresa em sites de relacionamento, bate-papo, ou fazendo *download* de músicas, o que decerto compromete sua produtividade e dá ensejo a vazamento de dados sigilosos e estratégicos da empresa.⁵² Não por outro motivo, a doutrina em geral tem-se mostrado simpática ao monitoramento quando há proibição regulamentar expressa quanto ao uso do equipamento empresarial para fins pessoais.

Silva,⁵³ em alentado artigo sobre o tema, apresenta duas razoáveis soluções para essa cizânia, a saber:

a) o empregador não estará violando a intimidade do empregado, ao monitorar o uso do seu e-mail pessoal e uso de sítios diversos dos necessários à execução do trabalho, caso constitua regulamento sobre o assunto e dê ciência a todos empregados do seu conteúdo, onde esteja expresso que as ferramentas não poderão ser utilizadas para fins estranhos aos objetivos da empresa. Se o empregado, conquanto ciente das restrições, fizer uso do equipamento em desconformidade ao regulamento, estará abrindo mão de sua intimidade e até incorrendo em justa causa, ensejando sua despedida;

b) se o empregador autorizar o uso do equipamento para fins particulares, ou havendo omissão, por parte do empregador, quanto ao assunto, na hipótese de suspeita de mau uso do equipamento, como compartilhamento de informações privativas da empresa através de e-mail, o empregador deverá requerer a intervenção judicial, a fim de não violar indevidamente a intimidade do trabalhador. Caso assim não proceda, poderá arcar com a rescisão indireta e indenização por danos materiais e morais, ou até mesmo eventual responsabilização penal.

3 Teoria dos princípios, colisão de direitos fundamentais e ponderação

Conforme afirmado alhures, boa parte da doutrina tem buscado enfrentar a questão da eficácia horizontal colocando necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Não se trata de uma necessária rela-

⁵² SILVA, 2006, p.69.

⁵³ SILVA, 2006, p.70.

ção de oposição, mas de gênero e espécie, visto que a autonomia privada é ela mesma um direito fundamental. Sucede que, em certas situações, ela poderá colidir com outros direitos fundamentais, pois é esperado que assim aconteça. Segundo cremos, pois, eventuais problemas relacionados à aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas em geral, inclusive trabalhistas, devem ser examinados e tratados como colisão de direitos fundamentais.

Para Alexy,⁵⁴ “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”. Essa afirmação peremptória repousa em que a interpretação dos catálogos de direitos fundamentais, como tarefa primeira da ciência dos direitos fundamentais, encontra claros limites na própria estrutura dessa categoria normativa. É a estrutura dos direitos fundamentais que enseja sua inexorável colisão uns com os outros, o que, por seu turno, impõe limites às regras usuais de interpretação jurídica.

A solução reclamada pelo problema das colisões de direitos fundamentais reside em que se admitam limitações e sacrifícios a serem efetuados de um lado ou mesmo de ambos. A questão, assim, é como tais limitações e sacrifícios devem ocorrer. Para tanto é preciso responder se direitos fundamentais têm caráter de princípios ou de regras. Trata-se da distinção teórico-estrutural da norma em princípios e regras. Segundo Alexy, para muito além de uma diferença gradual – abstração e generalidade – há, sobretudo, uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas são, além de outras regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. Portanto os princípios admitem graus diferentes de realização e a ponderação é a forma de aplicação do Direito que os caracteriza.⁵⁵ Já as regras, como mandamentos definitivos, consistem em normas que ou são satisfeitas ou não são. Se válidas e aplicáveis, as regras estão a exigir o cumprimento do seu conteúdo *in totum*. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação: a subsunção é sua forma característica de aplicação. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e juridicamente possível.⁵⁶

⁵⁴ ALEXY, 2007, p.56-7.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.86.

⁵⁶ ALEXY, 2007, p.87.

É com fulcro nas circunstâncias relevantes do caso concreto que um princípio terá de ceder diante do outro, pois são as circunstâncias que determinam o peso relativo de cada princípio no caso concreto. Contudo, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio que preferiu a outro num dado caso não necessariamente terá a mesma precedência diante de outras circunstâncias fáticas. Alexy, citado por Steinmetz,⁵⁷ afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o princípio de maior peso. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, no caso concreto, um princípio precede ao outro e de fundamentar por que, sob certas condições, ocorre essa precedência, consiste no método de ponderação de bens, o que remete àquilo que comumente se chama de princípio da proporcionalidade.

Adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que, na doutrina e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica, chama-se princípio da proporcionalidade. O princípio da idoneidade exige que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva – o meio, a medida – do direito fundamental enseja o alcance da finalidade perseguida. Deve-se excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem ao menos fomentar o princípio colidente, cuja realização eles pretendem servir. O princípio da necessidade ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão.⁵⁸

Já o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, demonstra o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ordena-se que os meios eleitos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Este princípio tem por objeto a ponderação propriamente dita, e é sintetizado por Alexy no que por ele foi chamado de “lei de ponderação”, que reza: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Essa ponderação é realizada em três passos ou graus. O primeiro passo reside em aferir o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio. O passo seguinte consiste em verificar a importância do cumprimento ou realização do princípio em sentido contrário. No derradeiro passo, requer-se atestar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário

⁵⁷ ALEXY, *apud* STEINMETZ, p.206.

⁵⁸ ALEXY, 2007, p.110.

justifica o prejuízo do outro.⁵⁹ Este último passo ou grau do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chama de “ponderação no sentido restrito e verdadeiro.”⁶⁰

O objetivo deste passeio pelas linhas elementares do pensamento de Alexy foi afirmar que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, são relativos e requerem ponderação, seja nas relações dos particulares entre si, seja nas relações destes com o próprio Estado. Como bem observou Freitas:

Resulta imperiosa a conclusão no sentido da inexistência, ao menos no atual estágio de desenvolvimento do Direito, de alternativa plausível ao método da ponderação de bens quando se cuida de apor limites e restrições a direitos fundamentais sem reserva legal e de se efetivar o controle de constitucionalidade acerca destas afetações desvantajosas.⁶¹

Decerto que o Direito do Trabalho, em razão de seu componente ideológico e objetivo histórico, buscará sempre expandir, fazer evoluir e maximizar as condições laborais em favor dos trabalhadores. É natural e esperado que assim seja, e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um imprescindível instrumento nesse sentido. Sucede que, diante do atual estágio da ciência jurídica, já não se pode falar em princípios e direitos fundamentais caso não se esteja efetivamente disposto a ponderar. E ponderar requer, amiúde, em frente de determinadas situações, fazer concessões, restringir garantias e conquistas, dar um passo atrás, assim como, diante de outras condições fáticas, se faz possível avançar. Mesmo quem enxerga na Constituição a existência do princípio da proibição do retrocesso social há de admitir que, na qualidade de princípio, tal norma é relativa e sujeita à ponderação, o que equivale a dizer que, diante de certas circunstâncias fáticas e jurídicas, algum retrocesso é imperioso.⁶²

Acerca das potencialidades dos direitos fundamentais, com acerto observou Robert Alexy⁶³ que “o que os direitos fundamentais realmente são, de nenhum modo, decide somente o texto constitucional. Decisivos são a vontade política do povo, a situação econômica e a prática jurídica e a ciência do direito”. E no mesmo

⁵⁹ ALEXY, 2007, p.111.

⁶⁰ ALEXY, 2007, p.68.

⁶¹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais** – Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.162-3.

⁶² DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.277-9.

⁶³ ALEXY, 2007, p.100.

lugar, agora a pensar no problema do desemprego e nas limitações do Estado para dispor sobre postos de trabalho, prossegue:

O verdadeiro déficit não reside nisto, que o catálogo de direitos fundamentais não contém nenhum direito ao trabalho, mas nisto, que ele não pode conter nenhum, se direitos fundamentais devem permanecer reclamáveis judicialmente. Isso, porém, eles devem ser incondicionalmente. Isso mostra mais do que um defeito pontual. Mostra um limite geral dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais podem assegurar muita coisa, mas não tudo. Eles não são nenhum remédio universal. Existem numerosos problemas que não são solucionáveis por direitos fundamentais, portanto, por direitos, mas somente por política ou moral.⁶⁴

É preciso, de fato, mesmo no que tange às relações de trabalho, lançar fora todo o fundamentalismo dos direitos fundamentais.

Conclusão

Procurou-se, neste trabalho, explorar os principais problemas concernentes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, mediante a exposição e análise da evolução jurisprudencial e doutrinária européia em redor do tema. Além, buscou-se proceder a uma crítica acerca das potencialidades dessa doutrina no contexto socioeconômico brasileiro, marcado por um capitalismo tardio e fortemente refratário à manutenção de direitos sociais, especialmente trabalhistas.

A idéia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve sua gênese nas construções da jurisprudência alemã, que desenvolveu as noções de ordem objetivas de valores, irradiação de direitos fundamentais por todo ordenamento jurídico e ponderação de interesses. Apenas de forma mediata a idéia da eficácia horizontal surgiu como consectário do Estado Social.

Enquanto a maior parte das constituições mantêm em suas ordens econômica e social o primado do trabalho como princípio, o modelo econômico global em vigor trabalha em sentido contrário, para desprestigiar o emprego e flexibilizar conquistas sociais. É no contexto dessa tensão que devem ser pensados os problemas atinentes à eficácia horizontal.

O poder empresarial e seus corolários, a saber, poderes organizacional, diretivo e disciplinar, consistem em prerrogativas jurídicas que, a bem do desenvolvimento do empreendimento, submetem os trabalhadores à subordinação e dependência diante

⁶⁴ ALEXY, 2007, p.102.

do dador de trabalho, cuja consequência natural é a limitação e a restrição de direitos fundamentais, fato que reclama e justifica uma intensa eficácia jusfundamental nas relações laborais.

A razão de ser da eficácia de direitos fundamentais nas relações trabalhistas é a perseguição da plena condição de “cidadania na empresa”, através da qual o trabalhador não precise abrir mão de posições jusfundamentais em razão do contrato de trabalho e de sua subordinação jurídica diante do empregador. Avultam aí os direitos à igualdade, à liberdade de expressão, à liberdade de crença e consciência, à intimidade e à vida privada, e especialmente o direito ao devido processo legal, cuja aplicação tem dimensão revolucionária na civilização das relações de trabalho.

Os direitos fundamentais, contudo, na qualidade de princípios, são relativos e sujeitos à ponderação, quando em colisão com outros princípios, o que se espera num catálogo amplo como o brasileiro. A busca de soluções para os problemas que envolvem colisões de direitos fundamentais, segundo a teoria dos princípios hegemônica, requer se aceite a ponderação como procedimento racional compatibilizador dos conflitos, que por vezes reclama restrições e sacrifícios de certos interesses.

Mesmo à vista do papel histórico libertário do Direito do Trabalho e, apesar dele, é preciso reconhecer os limites das potencialidades do Direito em geral e dos direitos fundamentais em particular. Assim sendo, a eficácia jusfundamental nas relações de trabalho não consiste em panacéia para todos os problemas sociais, que, além da força do discurso jurídico, sofrem o influxo das forças econômicas e políticas. De fato, parafraseando Alexy, os direitos trabalhistas fundamentais podem muito, mas não podem tudo. Com razão observou o mesmo Alexy que “quem carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói”.⁶⁵

Referências

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista** – direito e processo, v.10, p.21-51, 2004.

⁶⁵ ALEXY, 2007, p.102.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo sem reciprocidade: a política pública de destruição do emprego. **Revista LTr**, n.08, v.69, p.915-937, ago. 2005.
- DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FREITAS, Luiz Fernadando Calil de. **Direitos fundamentais – Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- MONEREO PÉREZ, Jose Luis. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de e-mails e sites, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador – abrangência e limitações. **Revista LTr**, n.01, v.70, p.65-71, jan. 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, n.11, v.69, p.1287-303, Nov. 2005.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

A Emenda Constitucional 32/2001 e a tributação através de Medidas Provisórias

Ênio Leite Alves da Silva

Advogado da Caixa no Maranhão

Professor de Direito Constitucional da Faculdade

Cândido Mendes do Maranhão – FACAM

*Especialista em Direito Tributário pela Universidade
da Amazônia – UNAMA*

RESUMO

Aborda-se a adequação da edição de Medidas Provisórias em matéria tributária em relação aos princípios constitucionais, tendo como objetivo ressaltar a importância da jurisdição constitucional, analisar o requisito da urgência e interesse público com os princípios da legalidade e anterioridade tributárias. Identifica-se a atual disciplina das medidas provisórias conferida pela Emenda Constitucional 32/2001, fazendo-se uma correlação com o texto original do art. 62 da Constituição Federal. Conclui-se, ao final, que a alteração constitucional deu uma aparente legalidade à edição de medidas provisórias quanto às matérias tributárias.

Palavras-chave: Princípio da legalidade e anterioridade tributária. Medidas provisórias. Emenda Constitucional 32/2001. Tributos.

ABSTRACT

The present work explains the provisional remedies on taxes matters *in* relation to constitutional principles, and intend to emphasize the significance of the constitutional court, reviewing the requirement of urgency and public interest with the principles of legality and prior tax. Identifies to the current discipline of the provisional remedies given by Constitutional Amendment 32/2001, making up a correlation with the original text of art. 62 of the Federal Constitution. After all, it is concluded that the constitutional amendment gave an apparent legality to the provisional remedies on tax matters.

Keywords: Due process of law. Provisional remedies. Constitutional Amendment 32/2001. Tax.

Introdução

Desde a publicação da Constituição Federal de 1988, sempre foi bastante discutida, seja em nível doutrinário ou jurisprudencial, a possibilidade de edição de medidas provisórias em matéria tributária, sobretudo em razão de sua questionada compatibilidade com os princípios da anterioridade e da legalidade, ambos previstos no art. 150 da Constituição. Com a publicação da Emenda Constitucional 32/2001 (EC 32/2001) foi alterada, sobremaneira, a disciplina jurídica das medidas provisórias no ordenamento nacional: aos escasos dispositivos acerca da matéria quando da promulgação da Carta Magna foram acrescentados diversos outros, tendo sido expressamente permitida sua utilização para instituição ou majoração de tributos (art. 62, §2º).

De fato, o debate acerca da temática, após a publicação da EC 32/2001, foi pouco realizado e de forma ainda incipiente, motivo pelo qual carece de uma devida atenção.

Com efeito, o seu estudo atualiza temas como parlamentarismo e presidencialismo, separação dos poderes, processo legislativo contemporâneo, todos de superlativa importância. Afora isso, prosseguem os atritos e impasses institucionais decorrentes das medidas provisórias, mesmo após o advento da EC 32, inclusive à vista do constante “trancamento” da pauta das Casas Parlamentares – consequência exatamente da nova regulação constitucional.

Na pesquisa, quanto aos fins, utilizou-se o método explicativo, verificando, conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial arrolado, a análise da edição de Medidas Provisórias em matéria tributária.

Da mesma forma, a pesquisa, quanto aos meios, foi bibliográfica, eis que se recorreu ao uso de materiais acessíveis ao público em geral, como livros, artigos e revistas publicados, acórdãos e decisões judiciais, visando à fundamentação teórico-metodológica.

Traçou-se uma linha de raciocínio que partiu de uma análise dos princípios constitucionais tributários da legalidade e da anterioridade, perpassando pelo tema da tributação por medidas provisórias, análise da edição de medidas provisórias para cada um dos tributos em espécie, culminando com as consequências dos tributos cobrados por medidas provisórias.

1 Os princípios da legalidade e da anterioridade tributárias: premissas para o embate jurídico

Com a edição da Constituição Federal de 1988 e tendo em mira a redação primitiva do art. 62, o debate acerca da possibilida-

de de tributação através de medidas provisórias centrou-se notadamente na suscitada incompatibilidade de tais instrumentos normativos com os princípios da legalidade e da anterioridade tributárias. Mesmo após o advento da EC 32/2001, ainda existem aqueles (e não são poucos) que continuam entendendo que a instituição ou majoração de tributos não pode ser realizada por medidas provisórias em razão do conflito com os princípios da legalidade e da anterioridade na seara tributária. Destarte, como premissa para o embate jurídico, impende avaliar o verdadeiro significado e alcance de tais pilares do sistema tributário constitucional.

Antes de qualquer coisa, à guisa de prefácio, insta destacar que os mencionados princípios surgem como decorrência da segurança jurídica na ordem tributária. É que os contribuintes somente podem ser tributados por lei editada pela pessoa jurídica competente, devendo ser salvaguardados seus direitos públicos subjetivos, como forma de se lhes conferir certeza e previsão (ou não-surpresa) para programação de sua vida econômica.

Siqueira esclarece que:

Pode-se assumir que já muito se evoluiu em relação ao que era, e o modelo de Estado de Direito está aí para corroborar. Neste, a segurança jurídica tem uma conotação reducionista de certeza ordenadora, que fornece aos indivíduos a certeza do Direito vigente, pautado em um sistema de legalidade. É, por certo, na execução da política tributária que a segurança jurídica ostenta uma posição maior de destaque perante todos, porque sem ela as pessoas não têm como conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente suas vidas. Então, tão-só sob a regência de normas estáveis e acreditadas pela coletividade é que esta poderá prosperar [...] Em sendo a lei a garantia máxima do contribuinte, expressão da maioria da coletividade, dela extraem-se a confiança e a segurança de que o Estado conduzir-se-á por ela em toda sua atividade de arrecadação de tributos, e de que o contribuinte poderá conhecer e calcular seus encargos com base exclusivamente em lei.¹

Assim, o princípio da segurança jurídica – do qual são decorrentes a legalidade e anterioridade – exige que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários. Não se pode abandonar os sujeitos passivos tributários a critérios subjetivos e cambiantes, razão pela qual sempre deve existir um perfil legalmente previsto para surgimento dos tributos.

¹ SIQUEIRA, 2002, p.45.

1.1 Princípio da legalidade tributária

O princípio da legalidade, de forma genérica, fora previsto como direito fundamental no art. 5º, II, da Magna Carta brasileira de 1988. Segundo o apontado princípio, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em verdade, o princípio da legalidade é uma das principais pilstras sobre as quais repousa o edifício do Estado de Direito. Nos países onde este existe são as leis – enquanto normas gerais e abstratas que regulam a sociedade – elaboradas pelo Poder Legislativo, limitando a liberdade e impondo regras de convívio social, tudo tendo por mira o bem comum. Nesse sentido é a doutrina de Canotilho:

Sendo assim pergunta-se: terá sentido hoje falar do princípio da legalidade como um princípio básico do Estado de direito? A resposta é inequivocamente afirmativa. Vejamos por que. A lei ocupa ainda um lugar privilegiado na estrutura do Estado de Direito porque ela permanece como expressão da vontade comunitária veiculada através de órgãos representativos dotados da legitimação democrática direta [...] Quem não entender este significado da prevalência da lei pode fazer glosas sobre o Estado de Direito, mas não sabe o que é um Estado de direito democrático. A lei serve de fundamento ao exercício de outros poderes do Estado: “a administração deve obedecer às leis”; “os tribunais estão sujeitos às leis”. Nesse sentido se afirma que o “poder vem da lei” e que não há exercício legítimo do poder público sem fundamento na lei.²

Para efeitos tributários, a legalidade foi prevista como limitação ao poder de tributar no art. 150, I, CF, ao ser afirmado que é vedado “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Na verdade, trata-se de corolário do brocardo jurídico “nulo tributos sem lei”, originariamente previsto na Magna Carta de João Sem Terra (1215) sob a denominação de “no taxation without representation”.

O princípio em tela é limite intransponível à atuação do Fisco, visto que a cobrança de qualquer tributo apenas pode ser validamente realizada quando tenha por sucedâneo uma lei que a autorize. Conseqüentemente, não há dever de adimplir tributo que não tenha se originado de Lei, pois é somente com esta que ele se origina e torna-se exigível.

Da legalidade decorre o subprincípio da tipicidade fechada (ou cerrada), segundo o qual a atividade legislativa de criação do tributo deve conter conceitos exatos, seguros, fechados, precisos e rí-

² CANOTILHO, 1999, p.64-5.

gidos. No plano abstrato, a tipicidade requer que sejam descritos todos os aspectos do tributo, a saber: material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo. Em outros termos, a lei instituidora de tributo deve prever sua hipótese de incidência; em que tempo é considerada como verificada a subsunção do fato à norma; a área e os sujeitos passivos sobre os quais incidirá; bem como a base de cálculo e a alíquota correspondentes.

Também é decorrente da legalidade o “princípio da reserva absoluta de lei formal”; que inibe a ação de fontes diversas da lei (enquanto ato normativo oriundo do Poder Legislativo) e torna impossível a atuação administrativa que não tenha respaldo legal. Discorrendo sobre o tema, Coêlho aduz, *in extensis*:

Entre nós, como está na Constituição de 1988, o princípio da legalidade da tributação exige lei em sentido formal (instrumento normativo proveniente do Poder Legislativo) e material (norma jurídica geral, impessoal, abstrata e obrigatória, clara, precisa, suficiente)³.

Portanto, a regra é a de que a criação ou majoração do tributo depende de lei (ordinária ou complementar, quando exigida pela Constituição), por isso mesmo que o Código Tributário Nacional veda a tributação por analogia (art. 108, §1º).

Em relação ao imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros, atendidas as condições e limites legais, suas “alíquotas” podem ser alteradas pelo Poder Executivo, por força do art. 153, §1º, CF. Observe-se que a faculdade concedida refere-se tão-somente às alíquotas (e não à base de cálculo). Dessa forma, tais tributos representam ligeira exceção ao princípio da reserva legal.⁴

1.2 Princípio da anterioridade tributária

A Constituição Federal, em seu art. 150, III, “b”, dispõe que é vedada a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou. Está aí assentado o princípio da anterioridade tributária.

³ COÊLHO, 1999, p.406.

⁴ Apesar da maioria da doutrina adotar o posicionamento de que os impostos sobre exportação, importação, IPI e IOF constituem exceções à legalidade (posto que suas alíquotas podem ser alteradas por decreto), Carrazza (2002, p.260) entende que não são exceções, na medida em que a modificação das alíquotas deve sempre obedecer aos limites e condições “previstos em lei”. Para o renomado tributarista, isso somente serviria para arregimentar a legalidade, visto que o decreto presidencial encontra a permissão e seus limites em lei.

Não deve o princípio em exame ser confundido com o da anualidade. Este último (que vigorou no Brasil no decurso da vigência da CF de 1946) exigia que, para que um determinado tributo fosse cobrado, existisse prévia autorização orçamentária anual. Noutros termos, não era suficiente que a lei criasse o tributo; era necessário, ainda, que a lei orçamentária anual autorizasse sua cobrança.

Portanto, salvantes algumas exceções previstas no próprio texto constitucional em vigor, a regra é a de que a lei criadora ou majoradora de tributos somente incida sobre fatos geradores ocorridos no exercício financeiro subsequente a sua publicação.

Caso outra fosse a exegese do dispositivo constitucional (art. 150, III, "b"), no sentido de que o tributo poderia incidir sobre fatos imponíveis ocorridos no mesmo exercício da entrada em vigor da lei instituidora ou majoradora, mas que somente poderiam ser cobrados os valores respectivos no ano vindouro, restaria praticamente sem efeito o princípio da anterioridade.

Fosse esse o entendimento correto, as autoridades fazendárias poderiam retardar a cobrança do tributo (cujo fato imponível ocorreu em determinado ano) até o exercício seguinte, fazendo do referido princípio letra morta. Por isso mesmo, a interpretação mais precisa é a de que a lei criadora ou majoradora de tributos somente incida sobre fatos geradores verificados no ano civil subsequente a sua publicação.

Consoante já frisado, o princípio da anterioridade é decorrente do princípio da segurança jurídica, na medida em que tem por escopo evitar que os contribuintes sofram exação fiscal inesperada. A finalidade é, por conseguinte, elidir surpresas e fazer com os sujeitos passivos dos impostos, taxas e contribuições de melhoria tenham ciência antecipada da carga tributária que irão ter que suportar no futuro, dando a possibilidade de planejamento econômico.

1.2.1 Exceções

Consoante o disposto no §1º do art. 150, CF, o princípio da anterioridade tributária não se aplica aos seguintes tributos: empréstimos compulsórios para atender despesas extraordinárias de guerra ou calamidade pública (art. 148, I); imposto de importação de produtos estrangeiros (art. 153, I); imposto sobre exportação (art. 153, II); imposto sobre produtos industrializados (art. 153, IV); imposto sobre operações de crédito (art. 153, V); e impostos extraordinários (art. 154, II).

Recentemente, através da EC 33/2001, ficou estabelecido nos artigos 155, §4º, IV, "c", e 177, §4º, I, "b", que também a Contri-

buição de Intervenção no Domínio Econômico, (CIDE) e o ICMS sobre o combustível não se sujeitam ao princípio da anterioridade.

Portanto, os supracitados tributos podem ser cobrados em relação a fatos geradores ocorridos no mesmo exercício financeiro da lei que os instituiu ou majorou, não necessitando que se aguarde o ano civil seguinte.

A respeito do tema, insta colacionar o escólio de Amaro:

Entre as exceções, temos tributos que, por atenderem a certos objetivos extrafiscais (política monetária, política de comércio exterior), necessitam de maior flexibilidade e demandam rápidas alterações. Por isso, o imposto de importação, o imposto de exportação, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e operações com títulos e valores mobiliários (além de comportarem exceção ao princípio da estrita reserva legal, no sentido de poderem ter suas alíquotas alteradas por ato do Poder Executivo, dentro de limites e condições definidas na lei) não se submetem ao princípio da anterioridade, e, portanto, podem ser aplicados no próprio exercício financeiro em que seja editada a lei que os tenha criado ou aumentado (ou em que tenha sido publicado o ato do Poder Executivo que haja majorado a alíquota).⁵

As apontadas exceções constitucionais ao princípio da anterioridade têm o propósito de permitir à Nação e aos Estados (especificamente quanto ao ICMS sobre o combustível) fórmulas para contornar situações extraordinárias de guerra, embates internacionais e interestaduais de tarifas fiscais, controle das exportações e importações, proteção das empresas pátrias e contra a evasão de divisas.

1.2.2 A noventena prevista no art. 150, III, “c”, da Constituição Federal

Após a publicação da Carta Política de 1988, já existiam estudos que defendiam que a anterioridade especial das contribuições sociais da seguridade social, alocada no art. 195, §6º, CF, em diversos casos era bem mais protetiva do contribuinte que a anterioridade ordinária. Nesse viés era a opinião de Carrazza:

Tem prevalecido o entendimento de que o contribuinte é melhor protegido por esta anterioridade especial, que leva em conta o período de noventa dias, do que pela anterioridade propriamente dita, que se baseia no exercício financeiro. Com efeito, argumenta-se

⁵ AMARO, 2004, p.124.

que se a lei que criar um tributo for publicada no dia 31 de dezembro ele poderá, salvo disposição em contrário, ser cobrado já no dia seguinte, sem afronta alguma à anterioridade disciplinada no art. 150, III, "b", CF. Por quê? Simplesmente porque o dia seguinte (1º de janeiro) já é o próximo exercício financeiro [...] Para superar este paradoxo (e o Direito não se compadece com paradoxos) não nos parece despropositado sustentar que o princípio da anterioridade exige que a lei que criar ou aumentar qualquer tributo, que não as contribuições sociais para a seguridade social, para incidir no próximo dia 1º de janeiro, deve ser publicada, no máximo, até o dia 1º de outubro (noventa e um dias antes do término do exercício financeiro). E isto justamente para que a restrição do art. 195, §6º, CF não seja mais favorável, para o contribuinte, do que a regra geral, do art. 150, III, "b", CF.⁶

O entendimento do mencionado autor restou chancelado na alínea "c" do art. 150, III, incluída pela Emenda Constitucional nº. 42/2003, tendo ficado previsto que é vedada a cobrança de tributos "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou", observado o princípio da anterioridade propriamente dita.

Assim, a regra é de que a lei que criar ou majorar um dado tributo, quando publicada até 02 de outubro, poderá incidir sobre fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente. Se a publicação for posterior a 02 de outubro, deverá ser aguardado o interregno de 90 (noventa) dias. Isso significa que, se um fato é eleito como tributável por intermédio de lei publicada em 20 de dezembro de 2004, apenas a partir de 19 de março de 2005 que a ocorrência dos fatos imponíveis irá gerar obrigação tributária.

O Constituinte Derivado criou ainda algumas exceções à noventena prevista no art. 150, III, "c". São elas arroladas na parte final do §1º do mesmo dispositivo constitucional (com redação dada pela EC42/2003), a saber: empréstimos compulsórios para atender despesas extraordinárias de guerra ou calamidade pública (art. 148, I); imposto de importação de produtos estrangeiros (art. 153, I); imposto sobre exportação (art. 153, II); imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III); imposto sobre operações de crédito (art. 153, V); e impostos extraordinários (art. 154, II).

Pelo exposto, verifica-se que ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) não se aplica o princípio da anterioridade, mas aplica-se a noventena, uma vez que, apesar de o referido tributo

⁶ CARRAZZA, 2002, p.181-2

ter sido inserido na parte inicial do art. 150, §1º, CF, não foi incluído na parte final. Por seu turno, o imposto de renda, não obstante sujeito à anterioridade, não se sujeita à noventena.

2 A tributação através de Medidas Provisórias antes da EC 32/2001

2.1 Os tributos e os decretos-leis: o ponto de partida da celeuma

Na Constituição de 1967, foi admitida a veiculação de decreto-lei sobre matéria de finanças públicas, não havendo previsão expressa de sua utilização para assuntos tributários. Não obstante uma significativa plêiade de doutrinadores sustentasse a impossibilidade de utilização de decretos-leis para versar sobre matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a instituição ou majoração de tributos era admissível porque se incluía na expressão “finanças públicas”. Além de diversos outros acórdãos, nesse sentido encontram-se os Recursos Extraordinários n.º. 71.039 e n.º. 74.096.

No voto proferido no RE n.º. 74.096, o Ministro Oswaldo Trigueiro manifestou-se da seguinte forma:

Ora, tratando-se, como ocorre no caso, da incorporação de taxa, prevista em lei, a um dos impostos discriminados na Constituição, não há como pretender que essa matéria seja estranha ao conceito de finanças públicas. Que a legislação tributária esteja situada no campo do direito financeiro, é noção doutrinária insuscetível de maior controvérsia.

Após o advento da Emenda Constitucional n.º. 1/69, ficou expressamente permitida a veiculação de decretos-leis em matéria tributária (art. 55, II, da Carta de 1969).⁷ Mesmo diante da nova redação constitucional, Baleeiro defendia ser inadmissível a veiculação de decretos-leis na seara tributária:

O decreto-lei, previsto nos arts. 46, V, e 55 da Constituição, não nos parece meio idôneo de decretação de impostos, os quais devem ser instituídos ou majorados por lei ordinária e só por esta. Aos decs.-leis não se referia o art. 58, da redação de 1967, que nos parecia taxativo, embora o art. 55 fale genericamente de ‘normas tributárias’. Por outro lado, o regime democrático instituído pela Emenda n.º. 1/69 [...] pressupõe a votação e decreta-

⁷ “ Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: [...] II – finanças públicas, inclusive normas tributárias”.

ção dos tributos pelo Poder Legislativo, como um dos princípios básicos e característicos (1974, p.61).

Apesar da doutrina acima mostrada – seguida por autores de renome no cenário jurídico nacional – o STF continuou entendendo que a edição de decretos-leis na seara tributária era perfeitamente compatível com os princípios da legalidade e anualidade (previstos, respectivamente, nos arts. 19, I, e 153, §29, ambos da Constituição de 1969),⁸ inclusive porque o primeiro dispositivo constitucional estabelecia que era vedada a instituição ou aumento de tributo sem que a lei o estabelecesse, “*ressalvados os casos previstos naquela Constituição*”.

Em se tratando o decreto-lei de ressalva expressamente prevista naquela Carta, o Supremo acolheu a tese de que inexistia qualquer incompatibilidade. Também foi salientado que o decreto-lei possuía força de lei, razão pela qual seria possível sua utilização na seara tributária. São exemplos os julgados proferidos nos Recursos Extraordinários n.º. 99.696, n.º. 99.698, n.º. 99.702 e n.º. 99.711.

No RE n.º. 99.698, o Ministro Moreira Alves (Relator) ponderou:

É conhecida a controvérsia que existe entre os tributaristas brasileiros sobre se o decreto-lei pode, ou não, criar ou majorar tributos, em face do princípio constitucional da reserva da lei nesse terreno (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal). Não tenho dúvida alguma, diante do nosso sistema constitucional, em responder afirmativamente a essa questão. Com efeito, ninguém nega que o decreto-lei tem força de lei, por equiparar-se a esta, tanto assim que é ele disciplinado na seção da Constituição relativa ao processo legislativo. Como também ninguém nega que o princípio genérico da reserva legal, que se encontra consagrado no § 2º do artigo 153 da Carta Magna, é observado quando a obrigação é criada por decreto-lei, dentro do seu âmbito de competência e com os pressupostos previstos no artigo 55, caput e incisos, da mesma Constituição. Por outro lado, é de ver-se que nossa Carta Magna não reserva a matéria tributária à competência privativa do Congresso Nacional, como se verifica do teor do artigo 44 [...] E se observa que o princípio da reserva legal

⁸ Eis a dicção literal dos dispositivos constitucionais: Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” . “ Art. 153. [...] § 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição” .

em matéria tributária surgiu para limitar o monarca, e, portanto, o Poder Executivo [...] E o fato de o decreto-lei ter plena eficácia no lapso de tempo que vai de sua entrada em vigor ao momento de sua aprovação ou rejeição se justifica, mesmo em matéria tributária, pelos pressupostos de urgência ou de interesse público relevante que o condicionam, nos termos da Constituição [...] Ademais, e em face justamente da controvérsia que surgiu quando da vigência da Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº. 1/69, ao tratar das matérias a respeito das quais é possível expedir decretos-leis, não se limitou a aludir finanças públicas, mas acrescentou: inclusive normas tributárias, sem fazer qualquer restrição [...] Esta Corte, aliás, mesmo sob o império da Constituição de 1967, que colocava, no âmbito do decreto-lei, apenas o direito financeiro, já admitia a majoração de tributo por decreto-lei, como se vê do RE 74096.

Segundo a Excelsa Corte, deveria apenas ser obedecido o princípio da anterioridade, de modo que os tributos a ele submetidos deveriam incidir somente sobre fatos imponíveis ocorridos a partir do ano subsequente ao da entrada em vigor do decreto-lei que tivesse instituído ou aumentado a carga tributária.

2.2 A instituição ou majoração de tributos no texto original da Constituição Federal de 1988

Antes da edição da Emenda Constitucional 32/2001, muito debatiam os doutrinadores acerca da possibilidade de edição de medidas provisórias para instituição ou majoração de tributos. Para aqueles contrários à intromissão de medidas provisórias em matéria tributária, eram três as principais razões:

- a) a falta de aprovação popular das medidas provisórias;
- b) a incompatibilidade com os princípios da anterioridade, legalidade e segurança jurídica;
- c) a exigência de “lei” (em sentido estrito) para criação ou aumento de tributos.

Em verdade, o terceiro argumento trata-se de um desdobramento do segundo, na medida em que a necessidade de “lei” em sentido estrito decorre da alegada antinomia com o princípio da legalidade.

De fato, a doutrina pátria dividiu-se entre os defensores e os contrários à veiculação de medidas provisórias em matéria tributária, com leve predomínio desses últimos.

Chiesa condensa bem o pensamento dos doutrinadores que se opunham à possibilidade de instituição ou majoração de tributos por medidas provisórias:

O princípio da segurança jurídica, contemplado implicitamente pelo sistema jurídico positivo, manifesta-se de forma mais recrudescida no Direito Tributário. Revela-se não apenas por meio da legalidade ou pela irretroatividade das leis tributárias, mas, principalmente, pelo princípio da anterioridade. [...] A Constituição Federal, no art. 150, I, prescreve que os entes constitucionais não poderão exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça. Vê-se, então, que o princípio da legalidade, tantas vezes repetido no texto constitucional, aparece novamente no capítulo do subsistema tributário e aqui, parece-nos, com uma nova feição e, desta vez, para representar um plus em relação ao princípio da estrita legalidade, ou seja, o qualificativo “restrita” para representar que a instituição ou majoração de tributos somente pode ser levada a cabo por meio de lei em sentido estrito, entendida esta como sendo aquela editada pelo Poder Legislativo, e que a matéria disciplinada deve ser esgotada pela própria lei, não podendo haver delegação de tal mister. [...] Portanto, as medidas provisórias não são veículos hábeis para instituir ou majorar tributos, pois não são lei em sentido estrito, conforme exige o art. 150, I, da Constituição Federal. O fato de as medidas provisórias produzirem efeitos imediatos, a partir da publicação, antes mesmo de serem apreciadas pelo Congresso Nacional, revelam-se incompatíveis com a idéia de auto-imposição, ou seja, de que cabe à própria população, por meio de seus representantes, deliberar sobre a carga tributária. Outrossim, a instituição ou majoração de tributo por intermédio de medida provisória não se coaduna com o princípio da anterioridade da lei tributária, consagrado no art. 150, III, “b” da Constituição Federal. [...] No Direito Tributário, por força de regra constitucional, a geração de efeitos das leis é diferida para o exercício subsequente ao de sua publicação. Tal diretriz está expressamente contemplada no art. 150, III, “b” da Constituição Federal. [...] As medidas provisórias editadas em razão da relevância e urgência, por ter eficácia e aplicabilidade imediata desde sua edição, chocam-se com o princípio da anterioridade.⁹

Também nesse sentido é o magistério de Carrazza:

Postas estas idéias, vejamos os motivos pelos quais as medidas provisórias não podem nem criar nem aumentar tributos. Começamos por dizer que as medidas provisórias, embora produzam efeitos imediatos, assim que publicadas, fazem-no de modo reversível e, portanto, precário. Justamente por isso, não podem instituir

⁹ CHIESA, 2002, p.79-84.

tributos, já que o assunto vem presidido pelo princípio da segurança jurídica e da não-surpresa. Sobremais, o art. 150, I, da Constituição Federal exige que os tributos venham criados ou aumentados por meio de lei. Ora, a medida provisória não é lei; só se transforma em lei quando ratificada pelo Congresso Nacional. Não pode, pois, produzir efeitos que a Constituição reservou à lei e, ainda assim, observado o princípio da anterioridade. Sabemos igualmente que, de regra, a lei que cria ou aumenta tributo só passa a ser eficaz no exercício financeiro seguinte ao de sua publicação (art. 150, III, b, CF). Ora, a medida provisória torna-se eficaz de imediato, vale dizer, antes mesmo de ver-se convertida em lei. Também por este caminho temos que é defeso à medida provisória ocupar-se com o assunto.¹⁰

Martins admitia a possibilidade de criação ou majoração de tributos por medidas provisórias, exceto com relação àqueles submetidos à anterioridade (plena ou mitigada). Manifesta-se o referido autor:

Não me parece que o deslinde dessa importante questão passe por soluções radicais que limitem o campo das medidas provisórias a ponto de impedirem que cumpram sua função. Há, e isso é insuspeito, situações emergenciais que exigem a edição de norma com eficácia imediata [...] Não basta afirmar que não cabe medida provisória quando sua eficácia se dá após o prazo de encaminhamento e aprovação de projetos de lei em regime de urgência, nos termos do art. 64 da Constituição. Creio que ela não se coaduna com prazo algum para produzir efeitos. [...] A despeito da tendência que se desenha na jurisprudência, creio que não pode haver medida provisória em matéria de tributos sujeitos a princípio constitucional que assegura possam os contribuintes não ser surpreendidos por exação nova, como o da anterioridade plena (art. 150, III, b) ou mitigada (art. 195, § 6º). E isto porque o diferimento da incidência para data posterior não se coaduna com a eficácia imediata que é própria da medida provisória. Nessas condições, só os tributos excepcionados às regras antes assinaladas é que poderiam ser veiculados por esses instrumentos, o que, entretanto, não tem sido a posição majoritária da jurisprudência.¹¹

No mesmo sentido, é a posição de Machado, aprovando a edição de medidas provisórias apenas quanto aos tributos não submetidos à anterioridade:

¹⁰ CARRAZZA. Dentre outros, também rejeitavam completamente que medidas provisórias veiculassem matéria tributária: Misabel de Abreu Machado Derzi, Celso Ribeiro Bastos e Paulo de Barros Carvalho. 2002, p.257-9.

¹¹ MARTINS, 1998, p.19-21.

Há quem sustente ser inadmissível a criação de tributo por meio de medida provisória. Ocorre que o art. 62, da Constituição Federal de 1988, não especificou as matérias a respeito das quais podem ser adotadas tais medidas. Assim, elas podem ser adotadas, em princípio, no trato de qualquer matéria [...] Os tributos submetidos ao princípio da anterioridade da lei, estes não podem ser instituídos através de medidas provisórias, posto que ausente o pressuposto de urgência.¹²

Zelmo Denari (1991) era um dos únicos que acreditava que medida provisória poderia, irrestritamente, criar ou majorar qualquer tributo, tendo em vista a inexistência de vedação constitucional expressa.

Não obstante a maioria relativa dos estudiosos do assunto tivesse concluído que as medidas provisórias não eram veículos legislativos idôneos para a instituição ou majoração de tributos, o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou inúmeros precedentes jurisprudenciais em sentido diametralmente oposto. Segundo a Excelsa Corte, não havia (com a redação original da CF/88) qualquer incompatibilidade das medidas provisórias no tocante à seara tributária.

São exemplos do posicionamento do STF os julgados prolatados nos seguintes processos: Recursos Extraordinários n.º 138.284, n.º 146.733, n.º 181.664, n.º 197.790, n.º 247.243 e n.º 279.058, e ADIn's n.º 1.005, n.º 1.135, n.º 1.417, n.º 1.790 e n.º 1.800.

De regra, os casos que chegavam ao Supremo – seja em nível de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade – diziam respeito à instituição ou aumento de contribuições sociais. A Corte, à época, teve que responder relevante indagação: se o art. 195, § 6º, CF, exige que as contribuições sociais somente poderão ser exigidas depois de decorridos noventa dias da data em que houverem sido instituídos ou majorados,¹³ a partir de quando se iniciará o prazo nonagesimal? Os noventa dias são contados da publicação da primeira medida provisória ou da lei de conversão?

O STF firmou jurisprudência no sentido que o prazo a que alude o art. 195, § 6º, CF, deve ser contado a partir da primeira edição da medida provisória. No RE n.º 181.664 (Relator Ministro Carlos Velloso, vencido), destacou-se que “tratando-se de lei de conversão da Medida Provisória n.º 86, de 25 de setembro de 1989, da data da edição desta é que flui o prazo de noventa dias previsto no art. 195, § 6º, CF”. Em igual sentido o julgado do RE n.º 197.790.

¹² MACHADO, 1993, p.55-6.

¹³ Trata-se do princípio da anterioridade especial (ou nonagesimal). Segundo a orientação do STF, a denominação preferida foi de “princípio da anterioridade mitigada”.

O Ministro Marco Aurélio, após sua nomeação para integrar a Suprema Corte, foi o único a sustentar a inconstitucionalidade da instituição ou aumento de tributos por medidas provisórias. Na ADIn nº. 1.135, o eminente ministro – vencido, como quase sempre – afirmou, *ipsis litteris*:

Peço vênia aos Colegas, e também paciência para sustentar ponto de vista divergente a respeito da matéria. Antes da Constituição de 1988, tínhamos no cenário jurídico o decreto-lei e, aí, consideradas as redações dos artigos 51, § 3º e 55 da Carta de 1969, a passagem do tempo implicava automática aprovação [...] Portanto, Senhor Presidente, não é estranha ao nosso ordenamento a manifestação implícita do Congresso sobre certa matéria. Antes, pela Carta de 1969, tínhamos essa manifestação direcionada a uma conseqüência positiva, ou seja, a aprovação do decreto-lei e, daí pra frente, por período indeterminado. O que houve quando dos trabalhos da Assembléia Constituinte? O que se tem, hoje, em face à Carta de 1988? Deu-se a substituição do famigerado decreto-lei pela não menos famigerada medida provisória. E, aí, vemos que, ao invés de se adotar a conseqüência anterior do ato omissivo do Congresso, passando o instrumento a vigor por período indeterminado, caminhou-se em sentido diametralmente oposto [...] Senhor Presidente, por mais que me esforce, à vista do parágrafo único do artigo 62, não consigo agasalhar a idéia de que a medida provisória possa ser reeditada no vigésimo nono dia, driblando-se, portanto, o prazo de trinta dias, peremptório, previsto nesse parágrafo. Ora, se é assim – e deixarei para examinar a pertinência da medida provisória, considerada disciplina de tributo, posteriormente –, e se verifico que, em relação às contribuições sociais, adotou-se o princípio da anterioridade mitigada, estabelecendo-se que contribuição criada ou simplesmente alterada só pode ser exigida noventa dias após a instituição ou a modificação, tenho, a mais, não poder, uma incompatibilidade absoluta, um vício de forma: a utilização de um meio impróprio à regência da matéria. Não creio que se possa disciplinar algo cuja exigibilidade somente ocorre noventa dias após a edição de lei – e aqui a tenho no sentido não só material, mas também formal –, mediante um instrumento que está previsto na Carta, quer queiramos ou não, para vigorar por trinta dias e que, portanto, tem vida efêmera e precária. Senhor Presidente, não fosse esse aspecto, a incompatibilidade a que me referi, tenho também que não coabitam o mesmo teto o princípio constitucional da anterioridade e a medida provisória. Por isso mesmo, já votei, neste Plenário, entendendo que não é veículo próprio, a disciplinar tributo, a medida provisória.

Ainda na ADIn nº. 1.135, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que:

A questão da idoneidade da medida provisória para versar matéria tributária, assim como a do termo inicial da incidência e exigibilidade – nos termos do art. 195, § 6º, da Constituição – da norma da instituição ou aumento da contribuição social – agora reagitadas pelo em. Ministro Marco Aurélio – foram discutidas e resolvidas pelo Tribunal no RE 197.790, de 03/06/1996, repisada a orientação no RE 181.664, 19/02/1997, de ambas, relator o em. Ministro Galvão.

O que se buscou através da transcrição de alguns votos e trechos de ementas de julgamentos realizados no Areópago Excelso foi propiciar uma visão panorâmica a respeito do posicionamento adotado pelo STF no que diz respeito à tributação através de medidas provisórias antes da EC 32/2001.

3 Tributação através de Medidas Provisórias após a EC 32/2001

Após a publicação da Emenda Constitucional 32/2001, ficou afirmado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de edição de medidas provisórias para instituição ou majoração de tributos.

Em verdade, teria sido bem melhor que o Constituinte Derivado tivesse abolido a tributação por intermédio de medidas provisórias, como forma, sobretudo, de eliminar os debates doutrinários e jurisprudenciais, e de garantir uma maior segurança aos contribuintes (independentemente de sua compatibilidade – ou não – com os princípios constitucionais tributários); porém isso não foi feito.

No que pertine à instituição ou majoração de tributos, a EC 32/2001 deixou claras duas ressalvas. Primeiramente, cumpre afirmar que, segundo a nova disciplina constitucional, não poderá ser instituído ou majorado tributo que requeira lei complementar (art. 62, § 1º, III). Logo, estão excluídos os empréstimos compulsórios e os impostos residuais.

Quanto à segunda ressalva, veja-se literalmente a redação do § 2º, incluído ao art. 62 pelo Poder Constituinte Derivado:

§ 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Desse modo, a outra exceção feita pelo texto constitucional é de que, para que sejam cobrados os valores devidos pela criação ou aumento de impostos (salvo aqueles não submetidos ao princípio da anterioridade), a medida provisória deverá ser convertida em lei até o último dia do ano em que foi elaborada.

A inconstitucionalidade da edição de medidas provisórias em matéria tributária não reside na exigência de “lei” para criação ou aumento de tributos ou na falta de aprovação popular das medidas provisórias, conforme será provado a seguir.

Com efeito, a medida provisória – apesar de ter “força de lei” – não é lei, consoante já explanado anteriormente. Entretanto, não é o fato de não ser lei que faz com que não possa ser usada no campo tributário.

A interpretação literal (o constituinte utilizou o termo lei e não norma, ou legislação, ou lei e medida provisória) pode levar a conseqüências absurdas. Se o termo “lei” fosse empregado em sentido literal no art. 150, I, CF, também o seria no art. 5º, incisos II, XXXV e XXXVI.

Nem por isso qualquer autor entende que não se possa ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa com base em medida provisória; ou, então, que a medida provisória (por não ser lei) pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ou, ainda, que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada possam ser prejudicados por medidas provisória (porque não se configura como lei).

Quando o constituinte disse que é vedada a exigência ou aumento de tributo sem “lei” que o estabeleça (art. 150, I, CF), realmente utilizou o vocábulo “em sentido formal”.¹⁴ Também deve a lei, além de formal, conter o aspecto “material”.¹⁵

Entretanto, em alguns casos, a própria Constituição admite que o ato normativo que institui ou majora tributo seja apenas “lei em sentido material”, não se exigindo o aspecto formal. Quando se previu a medida provisória no art. 62, criou-se uma exceção à “reserva absoluta de lei formal”, de modo a permitir que, em determinados casos (urgentes e relevantes), possa o Presidente da República elaborar atos normativos “com força de lei”.

Apenas para citar outro exemplo na área tributária, também os impostos previstos no art. 153, I, II, IV e V (imposto de importação de produtos estrangeiros, imposto sobre exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de cré-

¹⁴ Entenda-se “lei em sentido formal” como sendo o ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Executivo.

¹⁵ Quanto à expressão “lei em sentido material”, caracteriza-se pelo ato normativo que ostenta as características de generalidade, abstração e impessoalidade.

dito) podem ter suas alíquotas alteradas por ato do chefe do Executivo, porque a própria Constituição previu uma exceção ao princípio da legalidade.

Se se entendesse que não existem ressalvas constitucionais e que apenas lei “em sentido formal” pode instituir ou aumentar tributo, forçosamente teria que ser admitido que, por exemplo, os decretos legislativos que aprovam tratados internacionais, apesar de serem oriundos do Legislativo, não podem criar ou majorar tributos, porque não são leis em sentido formal. Também o decreto legislativo estadual que ratifica convênio celebrado no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ),¹⁶ por não ser lei em sentido formal, não poderia criar ou majorar o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Dessa forma, apesar de não serem leis em sentido formal, nunca houve um doutrinador sequer que argüísse a inconstitucionalidade de criação ou majoração de tributos por decreto legislativo.

É bem verdade que algumas pessoas poderiam objetar o argumento anteriormente esposado afirmando que o decreto legislativo (além de ser originário de ato das Casas Legislativas), antes de entrar em vigor, passa pela necessária aprovação pelos representantes eleitos pelo povo para legislar. Assim, afirmariam que a medida provisória, por surgir de ato unilateral do Presidente da República e por produzir efeitos imediatos, antes de apreciada pelo Congresso Nacional, teria disciplina jurídica diversa dos decretos legislativos.

De fato, não se pode equiparar por completo a medida provisória com o decreto legislativo, mas também não é lícito negar à primeira sua inafastável “força de lei”. Assim, quando o constituinte, no caput do art. 62, utilizou-se da expressão “força de lei”, quis dizer que a medida provisória, materialmente, equipara-se à lei – enquanto ato normativo emanado do Poder Legislativo. Nessa situação, o princípio da legalidade contenta-se com que a medida provisória possua o simples aspecto “material”, porque prevista na própria Constituição.

Amaro tece as seguintes considerações sobre o tema enfocado:

Parece claro que, onde a Constituição fala em lei, não seria lógico que se previsse, a cada passo, a alternativa: “lei ou medida provisória”. Basta falar-se em “lei”, pois, no art. 62, a Constituição estabelece que a medida provisória tem força de lei.¹⁷

¹⁶ No CONFAZ possuem assento os representantes dos estados e do Distrito Federal (normalmente os Secretários Estaduais de Fazenda), e delibera-se a respeito do ICMS.

¹⁷ AMARO, 2004, p.172.

Portanto, não subsiste razão para que não se possa tributar com supedâneo em medida provisória porque o art. 150, I, CF, requer “lei” para criação ou aumento de tributos. É que, como fora exposto, a própria Carta Constitucional permite que – em algumas situações – o vocábulo “lei” seja interpretado apenas de modo “material” e “extensivo”, sob pena de se chegar a inúmeros contra-sensos.

Ainda que se alegue que na seara tributária vigoram os princípios da “reserva legal” e “tipicidade fechada”, também não servem eles para impedir a tributação por meio de medidas provisórias, tendo em vista que estas possuem força, eficácia e valor normativo de lei.¹⁸ O que os princípios em tela visam a coibir é a instituição ou aumento de tributos por instrumentos normativos infralegais¹⁹ (tais como decretos, portarias), e, como visto, medida provisória possui hierarquia igual à da lei, razão pela qual não pode ser enquadrada como ato normativo infralegal.

Em apurado estudo, Ichiara entende que, não obstante as medidas não sejam leis “em sentido estrito”, enquadram-se como leis “em sentido amplo”, motivo pelo qual não são incompatíveis com o princípio da legalidade e, por conseguinte, são aptas a instituir ou aumentar tributos. O apontado estudioso ressalta o que segue:

Apesar de no sentido estrito a lei encerrar um conteúdo de norma abstrata, genérica, impessoal e tipicamente produzida pelo legislativo, no sentido genérico não encerra um conteúdo unívoco. Além de utilizar rótulos diferentes, existem normas “com força de lei”, como é o caso das Medidas Provisórias. Evidentemente, se tem força de lei, classificando estritamente, esta norma é lei em seu sentido estrito. A noção de legislação tributária, como fonte primária ou principal, para instituição e majoração de tributos, inclui, pelo menos: a lei ordinária, a lei complementar, a lei delegada e as medidas provisórias.²⁰

No que pertine à falta de aprovação popular das medidas provisórias, deve-se frisar que as mesmas devem ser submetidas à apre-

¹⁸ Conforme visto no item 4.2, na ADIn n.º. 293 o STF afirmou que “[...] as medidas provisórias perfazem no Direito pátrio uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Executivo, com força, eficácia e poder de lei”.

¹⁹ E, mesmo assim, a própria Constituição Federal admite que, em alguns casos expressos, veículos normativos infralegais aumentem tributos. A este respeito, basta uma breve leitura do art. 153, § 1º, para se perceber que decreto presidencial – instrumento infralegal – pode aumentar as alíquotas dos impostos ali estabelecidos.

²⁰ ICHIARA, 1994, p.73.

ciação do Congresso Nacional e, se não forem convertidas em leis nos prazos constitucionalmente fixados, perdem seus efeitos *ex tunc*. Apesar de não ocorrer anteriormente à publicação, existe uma submissão posterior das medidas provisórias aos representantes eleitos pelo povo, os quais terão – no momento oportuno – o poder de convertê-las em leis (caso queiram), razão pela qual também não se pode afirmar que esse seja um obstáculo à tributação através de medidas provisórias.

Portanto, em regra, a medida provisória é instrumento normativo idôneo para veiculação de matéria tributária. Todavia, inúmeros são os casos em que ela não poderá ser utilizada para tais fins, seja por expressa ou implícita vedação constitucional, ou por simples incompatibilidade com alguns institutos tributários.

3.1 Medidas provisórias, empréstimos compulsórios e impostos residuais

Conforme já salientado anteriormente, alguns tributos somente podem ser criados através de lei complementar. Esse é o caso das espécies tributárias ora sob comento. Portanto, esses dois gêneros de tributos não poderão ser instituídos através de medidas provisórias, por força do art. 62, §1º, III, da Constituição Federal.

De fato, a Emenda Constitucional em enfoque deixou expresso que é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar. Como o art. 148 e o art. 154, I, CF, exigem que os empréstimos compulsórios e os impostos residuais sejam instituídos por intermédio de lei complementar, não poderão ser criados através de medidas provisórias, em virtude de explícita proibição constitucional do art. 62, §1º, III.

3.2 Medidas Provisórias e os demais impostos sujeitos ao princípio da anterioridade

A EC 32/2001, no que se refere aos impostos sujeitos ao princípio da anterioridade, buscou um meio termo entre as visões existentes na doutrina e na jurisprudência.

Segunda a nova roupagem constitucional, para que produza efeitos no exercício financeiro seguinte ao de sua publicação a medida provisória que institua ou majore imposto submetido à anterioridade tributária deverá ser convertida em lei até o último dia do ano civil em que foi editada.

Dessa forma, não existem quaisquer violações aos princípios da anterioridade, legalidade e segurança jurídica. É que, se o imposto somente incidirá sobre fatos geradores verificados no exercício fi-

nanceiro seguinte ao da conversão da medida provisória em lei, restará atendido o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, CF). E se existe a necessidade de conversão da medida em lei, não haverá também qualquer afronta à legalidade, posto que a matéria estará sendo regulada por lei em sentido estrito – elaborada pelo Legislativo.

Como se constata da leitura do art. 62, §2º, CF, a regra geral é que a medida provisória que institui ou aumenta imposto sujeito à anterioridade serve, na prática, tão-somente como meio extraordinário de deflagração do processo legislativo, uma vez que – visando à aplicação do princípio da anterioridade – será imperativa a conversão em lei até o final do exercício financeiro.

Importante destacar, ainda, outra questão. É que, segundo a Emenda Constitucional 42/2003 (posterior à EC 32/2001), foi incluída a alínea “c” ao inciso III do art. 150 da Constituição Federal, para fazer constar que, em regra, os tributos somente poderão ser cobrados depois de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Dessa forma, efetuando-se interpretação sistemática entre o art. 62, §2º, e o art. 150, III, c, CF, observa-se que, ainda que a medida provisória seja convertida em lei até o final do exercício financeiro, deverá ser aguardado também o interstício mínimo de noventa dias, caso o tributo esteja sujeito à noventena.

Isso significa que a regra é de que a lei (criada a partir de medida provisória editada pelo chefe do Executivo) que criar ou majorar um dado tributo sujeito à noventena, quando publicada até 02 de outubro, poderá incidir sobre fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de ano subsequente. Se a publicação for posterior a 02 de outubro, deverá ser aguardado o interregno de 90 (noventa) dias.

Todavia, existe um grande paradoxo existente entre a congregação dos pressupostos da relevância e urgência com a necessidade de se aguardar o ano civil seguinte.

Sobre o tema, Carrazza leciona o seguinte:

Deveras, de nada adianta criar um tributo, digamos, no mês de julho, por meio de medida provisória, se ele só poderá ser exigido no próximo exercício financeiro, isto é, de pessoas que vierem a praticar o fato imponible a partir de 1º de janeiro do ano seguinte. Onde, neste caso, a urgência a justificar a instituição do tributo? Haverá prazo mais do que suficiente para que seja votada uma lei ordinária, em regime de urgência.²¹

²¹ CARRAZZA, 2002, p.258.

De igual teor é o magistério de Szklarowsky:

Eis, no entanto, uma incongruência inaceitável, um verdadeiro paradoxo e sofisma. Se fosse realmente urgente e houvesse relevância, não se concebe que a instituição ou a majoração valha somente para o exercício seguinte, desde que a medida provisória seja convertida em lei até o último dia do exercício em que foi editada. Conclui-se, portanto, que os pressupostos necessários – urgência e relevância – não existem. Logo, é inconcebível a expedição de medida provisória para regular aquelas hipóteses, visto que não se pode dizer que haja urgência ou que a matéria seja relevante. Na verdade, há uma contradição gritante entre o caput do art. 62 e o §2º. Se há, realmente, urgência e relevância, deve, então, prevalecer o comando do caput do art. 62. Sem dúvida, pecou o legislador, já que, em relação à matéria que pode ou deve esperar, não há que falar em urgência e relevância, pois não se vislumbram, *in casu*, os pressupostos de admissibilidade, cabendo ao Legislativo examinar, *in limine*, a ocorrência dessas condições ou, então, ao Judiciário, quando convocado.²²

Baleeiro em obra atualizada por Derzi, consigna o seguinte magistério:

Instituir tributo ou majorá-lo não contém relevância e urgência, legitimadoras das medidas provisórias, pois as leis que criam tributo novo ou majoram aqueles já existentes têm sua aplicabilidade adiada para o exercício seguinte ao de sua publicação, graças ao princípio da anterioridade.²³

De fato, são procedentes as palavras dos percucientes mestres. Não se aperfeiçoa o requisito da urgência para edição da medida provisória se o imposto (cuja instituição ou majoração se pretende) somente incidirá sobre fatos geradores ocorridos no próximo exercício, e desde que convertida a medida em lei. Se o próprio § 2º do art. 62 exige que se aguarde o ano civil seguinte, não há urgência para a elaboração da medida provisória, posto que deverá esperar o período antes descrito para que possa produzir efeitos.

Trata-se de paradoxo indiscutível. Por essa razão, é impossível a veiculação de medida provisória para criar ou elevar os demais impostos sujeitos à anterioridade.

O mesmo raciocínio antes esposado se aplica aos impostos de competência estadual e municipal sujeitos à anterioridade, arrolados 155 e no art. 156 da Constituição Federal.

²² SZKLAROWSKY, 2003, p.151-2.

²³ DERZI, 2003, p.60.

3.3 Medidas Provisórias, taxas e contribuições de melhoria

Consoante a norma inscrita no art. 62, § 2º, CF, apenas as medidas provisórias que impliquem instituição ou majoração de “impostos” (submetidos à anterioridade) é que deverão ser convertidas em lei até o último dia do exercício financeiro em que foram editadas para que produzam efeitos no ano seguinte.

Segundo exegese estritamente literal do art. 62, § 2º, CF, percebe-se que as demais espécies tributárias poderiam incidir imediatamente sobre fatos imponíveis ocorridos a partir do início da vigência da medida provisória que as haja instituído ou majorado.

Com efeito, o Constituinte Derivado não submeteu as taxas e contribuições de melhoria ao seu alcance. Assim, seguindo interpretação puramente filológica, tais espécies tributárias poderiam ser criadas ou majoradas por meio de medidas provisórias, as quais produziriam efeitos desde logo – sem necessidade de conversão em lei ou de se aguardar o exercício financeiro seguinte.

Em face da EC 32/2001, Szklarowsky entende ser possível a instituição ou majoração de taxas e contribuições de melhoria por medida provisória:

Da forma como está posto o § 2º do citado art. 62, resta uma indagação. Poderá a medida provisória instituir taxa ou contribuição, no mesmo exercício, ainda que não convertida em lei até o último dia em que foi editada? Com certeza, a resposta é positiva, pois não é matéria vedada. Desde que estejam presentes a relevância e urgência, o Presidente da República poderá instituí-las, incondicionalmente. O § 2º do art. 62 refere-se a imposto e não a tributo. O tributo compreende os impostos, as taxas e as contribuições (CTN, arts. 3º, 5º, 16, 77 e 81 c/c o art. 145, CF). São institutos distintos que não se confundem.²⁴

Na realidade, medida provisória não pode criar ou majorar taxas e contribuições de melhoria, conforme será adiante provado.

A interpretação constitucional não pode ser feita de modo tão simplista e unicamente gramatical. De fato, se se efetuar uma exegese filológica no art. 62, § 2º, CF, percebe-se que o Constituinte Derivado não proibiu a instituição ou aumento de taxas e contribuições de melhoria através de medidas provisórias, que valeriam logo após sua publicação. Isso decorre da circunstância de que foram exigidas a conversão em lei e a espera do exercício subsequente apenas para os “impostos” submetidos ao princípio da anterioridade.

²⁴ SZKLAROWSKY, 2003, p.154-5.

Ora, mas as taxas e contribuições de melhoria também se sujeitam à norma do art. 150, III, b, CF, *in verbis*:

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

[...]

III – cobrar tributos:

[...]

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

Ou seja, as espécies tributárias ora em comento devem obedecer ao princípio da anterioridade. Portanto, como é que medidas provisórias que impliquem em instituição ou majoração de taxas e contribuições de melhoria podem produzir efeitos imediatos, sem que se aguarde o ano civil seguinte? De fato, isso não pode ocorrer. Há a necessidade, em face do princípio da anterioridade, de que essas modalidades de tributos esperem o exercício financeiro subsequente para que possam incidir sobre os fatos imponíveis verificados no mundo fático.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE n.º 181.664, admitiu – ainda em face da redação original do art. 62 – que medida provisória que crie ou aumente tributo sujeito à anterioridade deve produzir efeitos apenas no ano seguinte:

A questão da data a considerar para o início da exigibilidade do tributo, inicialmente criado ou aumentado por medida provisória, é interessante. Mas estou convencido de que efetivamente o termo *a quo* do prazo de anterioridade mitigada do art. 195, § 6º – assim como, se fosse o caso, da anterioridade de exercício do art. 150, III, 'b', da Constituição – há de ser a data da medida provisória e não a da lei de conversão. (destacou-se)

Se o ministro do STF acolheu a tese de que o termo *a quo* do prazo previsto no art. 150, III, b, há de ser o dia da publicação da medida provisória, reconheceu, por conseguinte, que esta (a medida) deve se sujeitar, em sendo o caso, ao princípio da anterioridade.

Dessa forma, o Constituinte Derivado não poderia retirar, no tocante às taxas e contribuições de melhoria, a garantia conferida ao contribuinte de que – ainda que através de medida provisória – essas espécies de tributos somente incidiriam sobre fatos geradores ocorridos no exercício financeiro subsequente à norma que as tenha instituído ou aumentado.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, na apreciação da ADIn n.º 939, adotou o entendimento de que o princípio da ante-

rioridade constitui direito fundamental. Serviu de fundamento a essa tese o art. 5º, § 2º, CF, segundo o qual os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição.

Nessa perspectiva, apesar de não estar contido no rol do art. 5º da Constituição Federal (onde se encontra plasmada a maior parte dos direitos individuais), o princípio da anterioridade constituiria direito fundamental. Isso porque, na realidade, para que se possa classificar um direito como individual, não se deve ater tão somente a sua topografia, mas principalmente a suas características intrínsecas. Sobre o tema, colaciona-se o magistério de Sarlet:

A citada norma [refere-se ele ao § 2º do art. 5º] traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo.²⁵

Se, consoante a jurisprudência do STF, o princípio da anterioridade constitui direito fundamental, também será cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, IV. Assim sendo, não era possível que o Constituinte Derivado, através de emenda à Lei Maior, tivesse incluído no texto constitucional uma norma que tende a abolir o supramencionado princípio no tocante às taxas e contribuições de melhoria.

Feitas essas considerações, percebe-se que a existência do limite material antes apontado (princípio da anterioridade) ao poder de reforma constitucional justifica-se, em virtude da relevância na preservação do substrato material mínimo e nuclear das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte, sem as quais a Carta Política em si mesma restaria completamente desfigurada e sem nenhum sentido caso fossem elididas, suprimidas ou até mesmo relativizadas.

No fundo, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do Congresso Nacional e de um mero quorum de 3/5 (facilmente obtido), sendo necessário que se proíba a ruptura de toda uma ordem constitucional através da proteção de seus pontos fundamentais.

Constata-se, outrossim, que foi por intermédio de um núcleo intangível de cláusulas pétreas que a Assembléia Constituinte de

²⁵ SARLET, 2001, p.84.

1988 visou a retirar da possibilidade de mudança os itens arrolados no § 4º do art. 60.

Portanto, não poderia o Constituinte Derivado ter aprovado emenda que relativiza o princípio da anterioridade quando medida provisória institua ou majore taxas e contribuições de melhoria.

Dessa forma, a melhor exegese do art. 62, § 2º, CF, seguindo o método de “interpretação conforme”,²⁶ seria aquela de que a medida provisória que crie ou aumente taxas e contribuições de melhoria realmente não precisa ser convertida em lei, *mas necessita aguardar o exercício financeiro seguinte para que possa produzir efeitos*. Essa interpretação visa a evitar uma possível inconstitucionalidade do dispositivo em comento no tocante às taxas e contribuições de melhoria.

Entretanto, ainda assim, persistiria o paradoxo apontado anteriormente, qual seja: a impossibilidade de conciliação do requisito da urgência para edição da medida provisória com a necessidade de que as taxas e contribuições de melhoria (cuja instituição ou majoração se pretende) somente incidam sobre fatos geradores ocorridos no próximo exercício. Como visto no tópico antecedente, se é necessário que se aguarde o ano civil seguinte, não há urgência para a elaboração da medida provisória, posto que deverá esperar o período antes descrito para que possa produzir efeitos.

Desse modo, medida provisória não é meio idôneo para instituir ou majorar taxas e contribuições de melhoria.

3.4 Contribuições sociais e Medidas Provisórias

No tocante às contribuições sociais, pode ser aplicado o mesmo raciocínio desenvolvido em relação às taxas e contribuições de melhoria.

Segundo exegese estritamente literal do art. 62, § 2º, CF, percebe-se que as contribuições sociais teoricamente poderiam incidir imediatamente sobre fatos imponíveis ocorridos a partir do início da vigência da medida provisória que as tenha instituído ou majorado, produzindo efeitos desde logo – sem necessidade de

²⁶ Versando sobre a “interpretação conforme”, Bonavides (2001, p.474) leciona o que segue: “Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou solução. A norma, interpretada ‘conforme a Constituição’, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição”.

conversão em lei ou de se aguardar o prazo de noventa dias exigido no art. 195, § 6º, CF.

Todavia, na realidade, medida provisória não pode criar ou majorar contribuições sociais. Como dantes exposto, a interpretação constitucional não pode ser feita de modo tão simplista e unicamente gramatical. Se as contribuições sociais se sujeitam à norma do art. 195, § 6º, CF, é claro que devem obedecer ao princípio da anterioridade especial ou mitigada.

Portanto, medidas provisórias que impliquem em instituição ou majoração de contribuições sociais não podem produzir efeitos imediatos, sem que se aguarde o interstício de noventa dias. Há a necessidade, em face do princípio da anterioridade mitigada, de que essas modalidades de tributos esperem o interregno nonagesimal para que possam incidir sobre os fatos imponíveis verificados no mundo fático.

Em sendo o princípio da anterioridade (também a especial ou mitigada, prevista no art. 195, § 6º, CF) um direito fundamental dos contribuintes, ele é cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, IV. Assim, não era possível que o Constituinte Derivado, através de emenda à Lei Maior, tivesse incluído no texto constitucional uma norma que tende a abolir o supramencionado princípio no tocante às contribuições sociais.

Por conseguinte, não poderia o Constituinte Derivado ter aprovado emenda que relativiza o princípio da anterioridade mitigada quando medida provisória institua ou majore contribuições sociais.

Dessa forma, a melhor exegese do art. 62, § 2º, CF, seguindo o método de “interpretação conforme”, seria aquela de que a medida provisória que crie ou aumente contribuições sociais realmente não precisa ser convertida em lei, *mas necessita aguardar o prazo de noventa dias para que possa produzir efeitos*. Essa interpretação visa a evitar uma possível inconstitucionalidade do dispositivo em comento no que se refere às contribuições sociais.

Porém, ainda assim, subsistiria a incongruência apontada anteriormente, qual seja, a impossibilidade de conciliação do requisito da urgência para edição da medida provisória com a necessidade de que as contribuições sociais (cuja instituição ou majoração se pretende) somente incidam sobre fatos geradores ocorridos a partir dos noventa dias subseqüentes.

Conforme já foi visto, se é necessário que se aguarde o lapso temporal antes citado, não há urgência para a elaboração da medida provisória, posto que deverá esperar o período descrito para que possa produzir efeitos. Além disso, é inconciliável o fato de se regular uma matéria que deve aguardar noventa dias para produzir efeitos por um instrumento normativo que vige ordinariamente por sessenta dias.

Frise-se, também, que haveria uma incongruência no fato de que uma lei ordinária, quando não possui prazo de *vacatio legis* determinado, somente entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação (art. 1º, *caput*, da LICC). Entretanto, para uma medida provisória que instituisse ou majorasse contribuição social – a qual, por força do art. 62, CF, deve possuir “urgência” – o prazo de *vacatio legis* seria bem superior (o dobro), tendo em vista que deveria aguardar o lapso temporal de noventa dias.

É inconciliável o fato de que algo urgente deva aguardar mais do que aquilo que não o é. Com base nas considerações antes expendidas, não é admissível a criação ou elevação de contribuições sociais por intermédio de medidas provisórias.

Todavia, não foi esse o entendimento do STF, que entende ser possível a instituição ou aumento de contribuições sociais por medidas provisórias, contado o prazo do art. 195, § 6º, CF, da data da edição da primeira medida.

3.5 Medidas Provisórias e os demais tributos não submetidos ao princípio da anterioridade

3.5.1 Os impostos extraordinários

Os impostos extraordinários são aqueles criados pela União na “iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação” (art. 154, II, CF).

Segundo o § 2º do art. 62 da Constituição Federal:

Art. 62 [...]

§ 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Da interpretação do novo dispositivo constitucional constata-se que os impostos extraordinários não necessitam ser convertidos em lei para que produzam efeitos. Também não há necessidade de que aguardem o exercício financeiro seguinte.

Deve-se ponderar também que, consoante o disposto no § 1º, art. 150, CF, o princípio da anterioridade tributária não se aplica aos impostos extraordinários.

Carrazza acredita que não é possível medida provisória instituir ou majorar impostos extraordinários:

Os impostos extraordinários, criados na iminência ou no caso de guerra externa (art. 154, II, CF), não precisam obedecer ao princípio da anterioridade. Entretanto, não podem nascer de medidas provisórias. É que a Constituição concedeu ao Presidente da República um instrumento muito mais expedito e eficiente para cuidar destes tributos: a decretação do estado de sítio, mediante autorização da maioria absoluta dos integrantes do Congresso Nacional (art. 137 e seu parágrafo único da CF). A decretação do estado de sítio pode, se necessário, vir acompanhada da criação de impostos extraordinários. Não teria sentido o Presidente da República baixar medidas provisórias, criando impostos extraordinários, se, por meio da decretação do estado de sítio, pode com maior celeridade atingir este objetivo.²⁷

É bem verdade que a instituição ou aumento de impostos extraordinários pode ser feita através da decretação de estado de sítio. Contudo, neste caso, abrem-se duas possibilidades para o Presidente da República: criar ou majorar o imposto extraordinário por medida provisória ou pelo decreto de estado de sítio.

Não há problema de o chefe do Executivo pretender instituir ou elevar imposto extraordinário por meio de medida provisória, pois, havendo guerra externa (ou em situação de iminência desta), com certeza estar-se-ia diante de um acontecimento fático urgente e relevante a demandar a edição do ato normativo instável.

Como se sabe, em casos de guerras, as modificações dos cenários beligerantes ocorrem constantemente. Se se seguisse o escólio de Carrazza, não poderia o Presidente da República, por exemplo, após a publicação do decreto de estado de sítio, pretender criar ou majorar os impostos extraordinários. Assim, se deparasse a nação com um fato novo, nada poderia ser feito para angariar mais recursos e financiar a defesa da pátria.

Com tais razões, é perfeitamente possível a edição de medidas provisórias para instituir ou aumentar impostos extraordinários.

3.5.2 Os impostos previstos no art. 153, I, II, IV e V, CF

Segundo o §2º do art. 62 da Constituição Federal:

Art. 62 [...]

§ 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

²⁷ CARRAZZA, 2002, p.261.

Da interpretação do novo dispositivo constitucional constata-se que os impostos colacionados no art. 153, I, II, IV e V, CF, não necessitam ser convertidos em lei para que produzam efeitos. Também não há necessidade de que aguardem o exercício financeiro seguinte.

Ocorre que, consoante o disposto no § 1º, do art. 150, CF, o princípio da anterioridade tributária não se aplica aos seguintes tributos: empréstimos compulsórios para atender despesas extraordinárias de guerra ou calamidade pública (art. 148, I); imposto de importação de produtos estrangeiros (art. 153, I); imposto sobre exportação (art. 153, II); imposto sobre produtos industrializados (art. 153, IV); imposto sobre operações de crédito (art. 153, V); e impostos extraordinários (art. 154, II).

Os supracitados tributos podem ser cobrados em relação a fatos geradores ocorridos no mesmo exercício financeiro da lei que os instituiu ou majorou, não necessitando que se aguarde o ano civil seguinte.

Conforme visto, esses tributos poderão, segundo o art. 62, § 2º, CF, ser criados ou aumentados por medida provisória, sem que haja necessidade de conversão em lei ou de que se aguarde o ano civil subsequente. Assim, se tais espécies tributárias são exceções ao princípio da anterioridade, não há qualquer incompatibilidade entre o mencionado princípio e a edição de medidas provisórias nessa seara. Entretanto, o problema não é tão simples assim.

O art. 153, § 1º, da Lei Maior determina o que segue:

Art. 153 [...]

§ 1º. É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V (destacou-se).

Como se vê, o Presidente da República poderá, com relação aos impostos previstos no art. 153, I, II, IV e V, alterar suas alíquotas nas condições e limites estabelecidos em lei. Ora, se o chefe do Executivo tem o poder de modificar as alíquotas de tais impostos (e, conseqüentemente, majorar seus respectivos valores), haveria ainda a necessidade de editar medidas provisórias nessa seara?

Pereira leciona o seguinte:

Além disso, a alteração da alíquota dos impostos contemplados nos incisos I, II, IV e V do art. 153, CF/88 nos limites legais pode ser implementada pelo Poder Executivo por decreto, o que torna desnecessária a utilização de medida provisória neste mister.²⁸

²⁸ PEREIRA, 2003, p.94.

Em similar viés é o magistério de Chiesa:

Vê-se que o § 1º do art. 153 autoriza o Presidente da República a alterar, unilateralmente, as alíquotas dos impostos enumerados nos incs. I, II, IV e V, desde que “atendidas as condições e limites estabelecidos em lei”. Portanto, qual a razão de se utilizar das medidas provisórias quando o Presidente da República pode alterar as alíquotas sem a participação do Legislativo? Nenhuma.²⁹

De fato, é bem verdade que o Presidente da República, com espeque no art. 153, § 1º, CF, poderá alterar as alíquotas dos mencionados impostos. Entretanto, isso não faz com que seja desnecessária – em quaisquer casos – a utilização de medida provisória neste mister. É que, mesmo gozando de tal faculdade, poderia o chefe do Executivo desejar, através da edição de medida provisória, alterar os limites e condições estabelecidos em lei. Seria o caso de, por exemplo, a alíquota já estar fixada no máximo previsto na lei e, ainda assim, o Poder Executivo ter o intuito de elevar o limite legislativo para, como consectário, aumentar sua arrecadação tributária.

Ainda assim, na hipótese aventada no parágrafo pretérito, não seria lícito o Presidente da República editar medida provisória para modificar os limites e condições previstos em lei.

O Constituinte pretendeu, no § 1º do art. 153 da Magna Carta brasileira, relativizar o princípio da legalidade para fazer com que o Presidente da República possa, de modo unilateral (por meio de decreto), alterar as alíquotas dos impostos previstos art. 153, I, II, IV e V, mas desde que obedecidos os limites e condições estabelecidos pelo Congresso Nacional através de lei.

Permitir que o chefe do Executivo pudesse também se valer de medidas provisórias para alterar os limites e condições legais, seria menosprezar a regra contida no art. 153, § 1º, CF. Com efeito, seria um menoscabo se se permitisse que, além de modificar as alíquotas, pudesse o Poder Executivo elaborar – segundo seu bel alvitre – as condições e limites legais. Realmente, outra conclusão esvaziaria a faculdade contida no §1º do art. 153 da Lei Maior, perdendo esta sua razão jurídica de existir.

Com tais razões, deve-se entender que, mesmo diante do disposto no art. 62, § 2º, CF, medidas provisórias não podem instituir ou majorar o imposto de importação de produtos estrangeiros (art. 153, I); imposto sobre exportação (art. 153, II); imposto sobre produtos industrializados (art. 153, IV); e o imposto sobre operações de crédito (art. 153, V).

²⁹ CHIESA, 2002, p.86.

3.5.3 O ICMS sobre combustível e a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)

Por força da Emenda Constitucional 33/2001, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) e o ICMS sobre combustível não se sujeitam ao princípio da anterioridade, *ex vi* dos arts. 177, § 4º, I, b, e 155, § 4º, IV, c, *ipsis litteris*:

Art. 177. [...]

§ 4º. A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser: [...]

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...]

XII – cabe à lei complementar: [...]

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; [...]

§ 4º. Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte: [...]

IV – as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g, observando-se o seguinte: [...]

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

Mesmo não se submetendo à anterioridade, essas espécies tributárias não podem ser instituídas ou majoradas por meio de medida provisória, haja vista que, no primeiro caso, as alíquotas podem ser alteradas por ato do executivo e, na segunda situação, depende de lei complementar.

O ICMS sobre combustível, apesar de não estar sujeito à anterioridade, depende muito dos convênios interestaduais, além de ter suas alíquotas máximas e mínimas fixadas por resolução do Senado Federal (art. 155, § 2º, IV e V). Dessa forma, não seria lícito ao chefe do Executivo Estadual criá-lo ou majorá-lo por ato unilateral

– ainda que expressamente prevista a possibilidade de elaboração de medida provisória no texto da Constituição Estadual.

Reforça esse entendimento o fato de que o ICMS sobre combustível também está submetido à noventena. Assim, é utilizável o mesmo entendimento formulado com relação às contribuições sociais, sendo vedado à medida provisória instituir ou majorar o tributo em comento.

Quanto à CIDE, ainda que o princípio da anterioridade a ela também não se aplique, deve aguardar o prazo de noventa dias para que possa incidir sobre os fatos impositivos abstratamente considerados (art. 150, III, c, CF). Dessa forma, seria a mesma hipótese das contribuições sociais, sendo utilizável o mesmo entendimento.

3.6 A redução ou extinção de tributos por medidas provisórias

A minimização ou extinção de tributo por medida provisória não apresenta maiores problemas. Se a Constituição demanda “lei” apenas para “exigir” ou “aumentar” tributo, não há incompatibilidade de se reduzir ou suprimir impostos, taxas e contribuições de melhoria através de medidas provisórias.

Todavia, seria possível argumentar que o art. 97, I e II, do Código Tributário Nacional dispõe que somente “lei” pode estabelecer a redução ou extinção de tributos.

Mesmo assim, nos casos em comento não existe qualquer incompatibilidade com o princípio da legalidade, tendo em vista que a medida provisória tem força, eficácia e valor de lei. Além disso, também não se pode olvidar que as garantias conferidas ao contribuinte pelo princípio da legalidade têm o intuito de lhe propiciar segurança e evitar, sobretudo, a instituição ou majoração de tributos por atos infralegais (art. 150, I, CF). Por essas considerações, medida provisória que reduz ou extingue tributos não ofende a segurança jurídica do sujeito passivo, nada havendo que impeça sua utilização para que se diminua ou elimine carga tributária.

No que se refere ao princípio da anterioridade, também se aplica somente a leis que instituem ou majorem tributos.

Dessa forma, é lícito que medida provisória (desde que, é ululante, preencha os requisitos de relevância e urgência) proceda à diminuição ou extinção de impostos, taxas e contribuições de melhoria – ou de qualquer outra espécie tributária.

4 As conseqüências jurídicas dos tributos arrecadados na vigência de medida provisória convertida (ou não) em lei

Com efeito, segundo foi visto ao longo dos itens antecedentes, apesar das infundáveis opiniões em contrário, o STF adotou o

entendimento de que é possível a edição de medidas provisórias para instituição ou majoração de tributos.

Tendo em vista que, no interregno de vigência da medida provisória, surgem relações jurídicas nela calcadas, resta analisar as conseqüências jurídicas dos tributos cobrados a partir de fatos imponíveis ocorridos no decurso de sua vigência. Para tanto, relevantes são as palavras de Déa:

No entanto, não se pode olvidar que durante a vigência da medida provisória surgiram direitos e obrigações que foram disciplinados pela medida, sendo simplista demais o entendimento de que a perda de eficácia da Medida Provisória gera efeitos *ex tunc*, implicando na reposição do estado anterior, como se ela não tivesse existido.³⁰

Como explanado anteriormente, apesar de serem instrumentos normativos de índole precária, as medidas provisórias, quando convertidas em lei, produzem efeitos *ex tunc* e traduzem a absorção de um ato normativo por outro de natureza diversa, estabilizando as temporárias relações formadas no decurso do ato provisório, e estabelecendo efeitos para o futuro, como conseqüência lógica de toda lei.

Quando a medida provisória que institua ou majore tributo for convertida em lei, a conseqüência jurídica do novo ato normativo (a lei) será a de solidificar as obrigações tributárias advindas da ocorrência de fatos gerados verificados no período de vigência da medida provisória. Destarte, a obrigação tributária nascida do ato normativo precário persistirá e o tributo continuará sendo devido ao Fisco.

Maiores problemas surgem quando a medida provisória que cria ou aumenta o tributo não é convertida em lei, ou quando sofre emendas modificativas na(s) Casa(s) do Congresso Nacional.

A não-conversão da medida provisória pode acarretar a perda da eficácia desta, como se jamais houvesse existido, consoante indica o §3º, art. 62, CF. Nesse caso, deverá o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes. Caso não seja editado o decreto legislativo, os atos praticados durante a vigência da medida provisória conservar-se-ão por ela regidos.

Pelo exposto, percebe-se que, quando a medida provisória for rejeitada ou não for convertida em lei no prazo legal, poderão surgir duas hipóteses:

³⁰ Déa, 2003, p.183.

a) o Congresso elabora o decreto legislativo, o qual disciplinará as relações jurídicas advindas;

b) o Congresso não edita o decreto legislativo, ocasião em que os atos praticados durante a vigência da medida provisória continuarão a ser por ela regulados.

Caso seja publicado o decreto legislativo, a persistência (ou continuação) da obrigação tributária nascida do ato normativo precário dependerá do entendimento adotado pelo Congresso Nacional. Se consideradas subsistentes, as obrigações para com o Fisco continuarão válidas. Em sendo considerados indevidos os tributos arrecadados com base em fatos geradores ocorridos no período de vigência da medida provisória, poderá o contribuinte lesado aforar ação de repetição de indébito, com fulcro no art. 165 do Código Tributário Nacional.

O Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE nº. 146.733 admitiu a possibilidade de devolução dos tributos pagos na vigência de medida provisória rejeitada:

Nem se pretenda que a disciplina jurídica da medida provisória com força de lei, por poder implicar sua perda retroativa de eficácia se não convertida em lei no prazo de trinta dias, torna essa modalidade de Decreto-lei incompatível com a instituição ou o aumento de tributos. O mesmo pode suceder com a criação ou aumento de qualquer obrigação patrimonial determinada por medida provisória. A desconstituição retroativa da medida provisória não convertida em lei, que é ínsita a esse instituto tal como previsto em nosso sistema constitucional, gera problemas em quaisquer hipóteses, sendo que menores no terreno patrimonial, pela possibilidade – como sucede no campo tributário – de restituição do pagamento que se venha a tornar indevido.

Se não for editado o decreto legislativo, com base no § 11 do art. 62 da Constituição Federal, os atos praticados durante a vigência da medida provisória conservar-se-ão por ela regidos. Dessa forma, em regra, as obrigações tributárias preservar-se-ão válidas se o decreto legislativo não for elaborado pelo Congresso Nacional.

Entretanto, impende analisar uma circunstância que se aplica tanto às hipóteses de não-conversão pura e simples da medida provisória em lei (com edição ou não de decreto legislativo) quanto aos casos de rejeição expressa da medida provisória. Trata-se da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos.

Em verdade, ainda existe profunda celeuma acerca do dever indenizatório estatal no tocante aos atos legislativos dele emanados. Entretanto, a jurisprudência firmou o entendimento de que,

em caso de atos normativos declarados inconstitucionais, existe a responsabilidade civil do Estado.

Dessa forma, se o Congresso Nacional rejeitar expressamente ou simplesmente não converter a medida provisória em lei por entender que o ato precário era inconstitucional, haverá – desde que presentes os requisitos necessários – o dever do Estado de indenizar os contribuintes que efetivamente adimpliram tributos cujos fatos imponíveis ocorreram na vigência da medida provisória.

Igual situação ocorrerá se o Judiciário declarar inconstitucional a medida provisória que foi rejeitada ou não-convertida em lei, ainda que não tenha sido esse o fundamento para que o Congresso Nacional não a convertesse em lei.

Chiesa expõe o seguinte:

As medidas provisórias, embora não sejam leis, são normas gerais e abstratas com eficácia imediata de leis, postas sob condição resolutiva, e que geram imediatamente, direitos e obrigações, que eventualmente podem causar prejuízos aos particulares. O exercício dessa faculdade atribuída ao Presidente da República encontra limitações não só de ordem formal, como também de cunho material, predispostas na Constituição. Portanto, qualquer violação a esses limites pode dar ensejo à responsabilização do Poder Executivo pelos danos emergentes. Nota-se que a orientação doutrinária é no sentido de que o Estado é obrigado a reparar os prejuízos causados por lei inconstitucional. Assim, diante da similitude do instituto das medidas provisórias com o das leis, no que tange à responsabilidade civil do Estado, deve ser dado o mesmo tratamento jurídico. Portanto, o Estado (Poder Executivo) é responsável patrimonialmente pelas medidas provisórias inconstitucionais, que, no todo ou em parte, causarem danos aos particulares. [...] A tese da irresponsabilidade do Estado por dano causado em decorrência de ato legislativo foi repelida já no ano de 1948, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgado relatado pelo publicista Min. Castro Nunes.³¹

Por outro lado, se a medida provisória for constitucional, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que poderá haver a responsabilidade civil do Estado quando o ato normativo (*in casu*, a medida provisória) não for genérico, abstrato e impessoal, de modo que cause danos a uma pessoa ou a um número reduzido de cidadãos. Nessas hipóteses, será devida a restituição aos contribuintes que pagaram tributos cujos fatos geradores aconteceram no decurso da vigência da medida provisória.

³¹ CHIESA, 2002, p.125.

Conclusão

A Constituição de 1988 já está quase chegando à maioridade: são vinte anos de uma ordem democrática. Entretanto, até hoje ainda não foram assimilados alguns de seus intentos.

Nessa ótica, as medidas provisórias surgiram como alternativas para substituir os malfadados decretos-leis, utilizados sob os auspícios do período ditatorial e, quase sempre, convertidos em leis pelo decurso do prazo fixado para o Congresso Nacional.

Durante todos esses anos da nova era constitucional, o Executivo também usou e “abusou” das medidas provisórias, utilizando-se indiscriminada e aleatoriamente destas. O Judiciário e o Legislativo, apesar de possuírem o dever jurídico de evitar e reprimir as distorções, ficaram quase que completamente inertes.

Vive-se num governo de atos normativos provisórios. A partir de 1988, contando-se edições e reedições, foram publicadas 6.333 (seis mil, trezentas e trinta e três) medidas provisórias pelos sucessivos Presidentes da República. Em igual período, o Congresso Nacional elaborou apenas 3.293 (três mil, duzentas e noventa e três) leis. Daí se verifica que o ordenamento jurídico nacional, nos últimos anos, foi inovado bem mais por instrumentos legislativos de índole temporária e precária do que através de atos normativos ordinários (leis).

Apesar de os conceitos de relevância e urgência conterem, na maioria dos casos, aspectos vagos e abstratos, é sempre necessário que estejam presentes para que seja legitimada a atuação legislativa do chefe do Executivo.

O princípio da separação dos poderes constitui um dos núcleos intangíveis da Constituição (art. 60, §4º, III, CF) e a atividade de produção normativa pelo Executivo, para não macular o mencionado princípio, deve ser realizada de modo excepcional e plenamente justificado. Não ocorrendo isso, estar-se-ia permitindo uma duplicidade de órgãos legiferantes e ferindo de morte a separação dos poderes.

Todavia, constatou-se durante todos esses anos uma vulgarização dos requisitos constitucionais e a utilização de medidas provisórias para regular matérias extremamente banais e sem qualquer premência.

Além disto, a discricionariedade administrativa no exame dos pressupostos constitucionais somente existe nos limites estabelecidos pela ordem jurídica, não havendo que se falar dela quando desrespeitados os marcos constitucionalmente impostos. Portanto, a discricionariedade na apreciação dos conceitos de relevância e urgência não é absoluta, visto que possui limites anteriormente

fixados. Sua natureza é relativa, posto que as fronteiras da liberdade concedida deverão ser respeitadas pelos entes competentes.

Neste contexto, competirá aos magistrados (através dos instrumentos jurídicos existentes) e aos membros do Legislativo fazer cessar a exorbitância na apuração dos conceitos constitucionais.

Se o princípio da tripartição das funções estatais teve como fulcro inicial o objetivo de assegurar o exercício das liberdades individuais, mediante a criação de mecanismos que elidissem o abuso de poder, é óbvio que deve ser exigida a ingerência jurisdicional e legislativa na atividade de produção de medidas provisórias pelo Executivo, fazendo com que cumpra suas obrigações institucionais.

A tripartição tem por escopo basilar a criação de um sistema em que o poder controle a si mesmo, de forma harmônica e independente, erigindo barreiras aos abusos. Dito isto, constata-se que, quando o Executivo abusa de seus poderes, as funções judicante e legiferante devem intervir para fazê-lo adimplir seus compromissos constitucionais, porquanto – conforme a divisão de tarefas estatais – as funções têm, em verdade, o dever de se controlar reciprocamente, segundo o modelo dos freios e contrapesos.

Em matéria tributária, os excessos também foram patentes. Para aumentar a arrecadação tributária, o governo utilizou-se bastante das medidas provisórias. Dessa forma, o princípio da segurança jurídica do contribuinte ruiu por terra, respaldado pelas manifestações jurisprudenciais de nossas Cortes, ratificando as ações do Executivo.

Não obstante as incessantes manifestações doutrinárias, com a Emenda Constitucional 32/2001 foi desperdiçada uma grande oportunidade de se evitar os abusos cometidos (e de se espantar a dúvida acerca da constitucionalidade da tributação por intermédio de medidas provisórias), através da inclusão de um inciso no §1º do art. 62, vedando expressamente a utilização de medidas provisórias para instituir ou elevar a carga tributária.

Preferiu-se, todavia, permitir que medida provisória possa instituir ou majorar quase todos os tributos (à exceção dos empréstimos compulsórios e impostos residuais, que requerem a edição de lei complementar), exigindo-se apenas que, com relação aos impostos submetidos à anterioridade, a medida somente produza efeitos no ano seguinte se convertida em lei até o último dia do exercício financeiro em que elaborada. Quanto às demais espécies tributárias, poderiam ser cobradas desde logo.

Em suma, segundo o novo conteúdo do art. 62, CF, a medida provisória, quando não servir para criar ou aumentar tributos, terá o escopo de fazer com que se possa cobrá-los *o mais rápido possível*.

vel, abreviando os prazos exigidos pelo princípio da anterioridade (ordinária ou mitigada).

Desta forma, não subsiste razão para que não se possa tributar com supedâneo em medida provisória porque o art. 150, I, CF, requer “lei” para criação ou aumento de tributos. É que, como fora exposto, a própria Carta Constitucional permite que – em algumas situações – o vocábulo “lei” seja interpretado apenas de modo “material” e “extensivo”, sob pena de se chegar a inúmeros contrasensos.

Contudo, mesmo em face da nova redação dada ao art. 62 da Lei Maior e da compatibilidade com o princípio da legalidade, a medida provisória, no campo tributário, somente pode:

- a) reduzir ou extinguir tributos;
- b) criar ou majorar impostos extraordinários.

Esse não será o entendimento dos tribunais pátrios, assim como também são sustentáveis outros pontos de vista. As considerações feitas ao longo do texto buscam apenas fazer com que o mundo acadêmico reflita a respeito desse problemático tema, a saber: a constitucionalidade da tributação através de medidas provisórias.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ÁVILA, Humberto Bergman. **Medida provisória na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 2003.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. t. I. v. 4.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1969.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Resolução nº. 01 do Congresso Nacional, de 02 de maio de 1989.

Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias a que se refere o artigo 62 da Constituição Federal. **Diário do Congresso Nacional**, Poder Legislativo, Brasília, 03 maio 1989. Coluna 1, p.1156.

BRASIL. Resolução nº. 01 do Congresso Nacional, de 08 de maio de 2002. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias a que se refere o artigo 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário do Congresso Nacional, Poder Legislativo*, Brasília, 09 maio 2002. Coluna 1, p.0003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 162. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 02 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 de out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 221. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 16 de setembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 293. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 425. Requerente: Partido do Mo-

vimento Democrático Brasileiro – PMDB. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 04 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 766. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 774. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 822. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio - CNTC. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Sidney Sanches. Brasília, 15 de dezembro de

1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.005. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.135. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 13 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.314. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 10 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.417. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 02 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.637. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 01 de abril de 2004.

Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.659. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.790. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 23 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.800. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 06 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.984. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 04 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 71.039. Recorrente: Futura – Indústrias Químicas e Têxteis. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 21 de maio de

1973. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 74.096. Recorrente: Futura – Indústrias Químicas e Têxteis. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Brasília, 13 de junho de 1972. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 99.696. Recorrente: Importadora e Exportadora de Cereais Montema LTDA. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, 08 de abril de 1983. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 99.698. Recorrente: TTI – Comércio Exportadora Importadora de Transportes LTDA. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Moreira Alves, 17 de junho de 1983. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 99.702. Recorrente: Floreta Comércio e Importação LTDA. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Soares Muñoz. Brasília, 05 de abril de 1983. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 99.711. Recorrente: Vieira Monteiro e CIA. LTDA. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 24 de maio de 1983. Disponível

em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 138.284. Recorrente: União Federal. Recorrido: Petróleo Dois Irmãos LTDA. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 146.733. Recorrente: União Federal. Recorrido: Viação Nasser S/A. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 29 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 181.664. Recorrente: União Federal. Recorrido: Fontana S/A. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 197.790. Recorrente: Oficina Catita LTDA. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 19 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 217.194. Recorrente: Livraria e Distribuidora Curitiba LTDA. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 247.243. Recorrente: União Federal. Recorrido: Engesolo Engenharia LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 279.058. Recorrente: União Federal. Recorrido: Sindicato dos Policiais Federais do Estado da Paraíba – SINPEF/PB. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CHIESA, Clélio. **Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- DÉA, Anna Paula de Oliveira Dala. Responsabilidade do Estado por danos causados pelas medidas provisórias. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. (coord.). **Medidas provisórias e segurança jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**. 2.ed. São Paulo: Forense, 1991.
- DERZI, Misabel A. M. **Medidas provisórias: sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos**. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 12, nº. 45, 1988.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: RT. 1994.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **A medida provisória na Constituição**. São Paulo: Atlas, 1991.
- ICHIARA, Yoshiaki. **Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1994.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). **Comentários ao código tributário nacional**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle judicial. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 7, nº. 32.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Medidas provisórias na Constituição brasileira**. Revista da Associação dos Juizes Federais, Brasília, v. 18, nº. 62, p.143-58, jul./set.1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Fábio Donisete. Medidas provisórias em matéria tributária. *In*: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. (Coord.). **Medidas provisórias e segurança jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

RAMOS, Saulo. Medida provisória. *In*: _____. **A nova ordem constitucional**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RODRIGUES, Sérgio Romero Vicente. Teoria política dos poderes do governo. *In*: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. (Coord.). **Medidas provisórias e segurança jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Simone. Medidas provisórias e seu controle pelo Supremo Tri-

bunal Federal. **Revista da Associação dos Juizes Federais**. Brasília, v. 21, n°. 69. p.263-284. jan./mar. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. A segurança jurídica na ordem tributária. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, v. 14, n°. 9. p.40-7. set. 2002.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do poder executivo**: Medidas Provisórias, Leis Delegadas e Regulamentos. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. Medidas provisórias: a experiência brasileira. **Cartilha Jurídica do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, n°. 46. maio. 1997.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas provisórias**: instrumento de governabilidade. São Paulo: NDJ, 2003.

O ISS e os serviços notariais: proposta de leitura do artigo 236 da Constituição, a partir do julgamento da ADI 3089 pelo STF

Reinaldo Cordeiro Neto

*Advogado da Caixa no Paraná
Pós-graduado em Direito Tributário
pela UNICURITIBA*

RESUMO ¹

O presente trabalho pretende propor um entendimento possível a respeito do conteúdo constitucional da regra-matriz de incidência do Imposto Sobre Serviços, especificamente quanto aos serviços notariais – *lato sensu* – para, a seguir, demonstrar a leitura (interpretação) mais atual do artigo 236, da Constituição Federal, em consonância com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Palavras-chave: Imposto Sobre Serviços. Art. 236 da CF. ADI 3089.

ABSTRACT

The present research proposes a possible point of view about the constitutional content the basic rule of tributary incidence of the *Imposto Sobre Serviços* (Services Tax), specifically in the office services – *lato sensu* – to after, demonstrate the present read to the article n. 236 of the Federal Constitution, in harmony with recent *Supremo Tribunal Federal* (Supreme Federal Court) understanding.

Keywords: Tax Services. Article 236. ADI 3089.

¹ O presente estudo toma como base a monografia apresentada – em março de 2007 – como requisito para a conclusão do *Curso de Pós-graduação em Direito Tributário*, da UNICURITIBA. A posição adotada pelo autor é, assim, anterior ao entendimento prevalecente (iniciado em abril de 2007) do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3089.

Introdução

Com o advento da Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, várias questões relativas ao Imposto Sobre Serviços (Constituição Federal, art. 156, III) voltaram ou passaram a ser discutidas, relativamente ao âmbito de incidência do, assim chamado, *mais importante* tributo municipal. Uma das maiores polêmicas diz respeito à incidência ou não do ISS concernente à atividade típica dos notários e registradores públicos (itens 21 e 21.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar).

A discussão foi levada ao Poder Judiciário, em seus diversos níveis, inclusive ao seu órgão de cúpula, pela propositura da ADI 3089, pela ANOREG – Associação dos Notários e Registradores do Brasil. O julgamento dessa ação, finalizado em fevereiro último, resultou no reconhecimento da constitucionalidade da incidência do ISS sobre os serviços notariais, cartorários e registrais.

O conteúdo do voto do relator para o Acórdão, Ministro Joaquim Barbosa, foi divulgado somente em agosto último. A Ementa foi disponibilizada no site do STF em 01/8/2008.² Desde 2007, contudo, sabia-se, segundo o que fora divulgado pelos Informativos de Jurisprudência do STF (veiculados em seu sítio oficial, na *Internet*), que o entendimento preponderante³ foi no sentido de que o recebimento de remuneração pela prestação de tais serviços revela o fato signo-presuntivo de riqueza e, pois, a capacidade contributiva daqueles que são prestadores de tais serviços na esfera privada, ou seja, daqueles que não são remunerados pelo Erário para prestá-los.⁴

Para a finalidade do presente estudo, importa discorrer sobre as bases teórico-jurídicas pelas quais se pode fundamentar o acerto da decisão do Supremo, paralelamente a uma leitura do artigo 236 e parágrafos da Constituição, consentânea ao entendimento a partir de agora firmado pela Corte Suprema.

² Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3089&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M/ Acesso em: 15 de outubro de 2008.

³ Houve o voto vencido do relator originário, Ministro Carlos Britto. A mudança do julgamento começou com o voto divergente do Ministro Sepúlveda Pertence, na sessão de 20/9/06.

⁴ As informações foram divulgadas nos Informativos do STF n. 441 (18-22/9/2006), 464 (23-24/7/2007) e 494 (1ª quinzena de fevereiro/2008). Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo441.htm Acesso em: 15 de outubro de 2008; www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo464.htm Acesso em: 15 de outubro de 2008; www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo494.htm Acesso em 15 de outubro de 2008.

1 Pressupostos fundamentais

Para os objetivos propostos no presente trabalho, sobreleva firmar alguns pressupostos essenciais. De forma inicial, pois, importa frisar que:

a) os princípios constitucionais são normas de fundamento do ordenamento jurídico e devem ser observados como hierarquicamente superiores à legislação posta;

b) o princípio da autonomia dos Municípios deriva do princípio federativo e importa em garantia do pleno exercício das competências atribuídas ao Município na esfera constitucional, inclusive das tributárias;

c) a Lei Complementar prevista no art. 156, III c/c 146, ambos da Constituição Federal, deve resumir-se a exarar normas gerais que regulem as chamadas limitações ao poder de tributar e eventuais, assim chamados, conflitos de competência entre os entes da Federação;

d) a Lei Complementar não define, no sentido de criar, a regra-matriz de incidência do ISS, posto que esta já está prevista de forma abstrata e genérica no texto constitucional, tanto quanto as demais espécies tributárias;

e) deve-se reconhecer que a regra-matriz de incidência do ISS, conforme a arguta observação de Baptista, quanto à própria previsão da Lei Complementar 116/2003, "observando a sistemática constitucional, a Lei Complementar 116/2003 corrigiu o equívoco das leis 'complementares' que a antecederam, não fazendo referência à qualificação pessoal do prestador",⁵ razão pela qual a condição de prestador de serviço público é desimportante, sendo relevante, isto sim, perquirir-se o regime de remuneração ao qual se submete o serviço.

2 Serviços notariais, cartorários e de registro: sua natureza e aproximação à sua conceituação constitucional

É razoável o consenso sobre a expressão 'notarial' abranger as demais (cartorário-forense e registral). Assim, temos os serviços notariais (em sentido amplo), que englobam:

a) o serviço notarial, em sentido restrito;

b) o serviço cartorário judicial, também dito serviço forense;

c) o serviço de registro.

Com tal esclarecimento, e buscando uma interpretação sistemática, pela pressuposição fundamental da unidade do sistema

⁵ BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.489.

jurídico do ordenamento,⁶ importa, então, citar a Constituição, cujo artigo 236 prevê:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Alguns tópicos do citado dispositivo merecem destaque:

- a) os tais serviços são exercidos em “caráter privado”, por “delegação” do poder público;
- b) a responsabilidade dos notários, registradores e prepostos será regulamentada em lei;
- c) fiscalização pelo Poder Judiciário;
- d) fixação de emolumentos relativos à prestação do serviço;
- e) ingresso na atividade mediante concurso público.

A análise de tais itens, um a um, ao lado da análise de seu desdobramento na legislação infraconstitucional, será de grande utilidade para a construção de um conceito de serviço notarial mais completo, visando à compreensão do regime jurídico tributário sobre ele incidente.

2.1 Serviços de qualquer natureza

Baptista, ao dissertar sobre o tema, manifesta preferir a designação *Imposto Sobre Serviços* ao termo *Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza*, destacando que esta última expressão “somente assume sentido no contexto sistemático.”⁷

Precisamente em razão desse contexto sistemático é que o termo serviços de qualquer natureza avulta em importância, no sentido de fundamentar a idéia de que “qualquer natureza” abrange, tanto os serviços de natureza pública, quanto os de natureza privada, ainda que não seja (e nem poderia ser) o único argumento a

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.288.

⁷ BAPTISTA, 2005. p.493.

firmar tal tese. Não obstante, não se pode negar que o princípio interpretativo da máxima efetividade⁸ impõe o reconhecimento de que a Constituição não tem termos ou palavras inúteis, e que o sentido dado aos seus vocábulos há de ser aquele que atribua às normas constitucionais a maior eficácia possível.

Ora, se é correto que a expressão *serviços de qualquer natureza* não pode significar, como bem lembra Baptista, os serviços gratuitos, o militar, o eleitoral, o do júri, os que manifestam cumprimento de sanção civil, os prestados diretamente por pessoa política,⁹ dentre outros, também é inegável que não se pode relegá-la (a mencionada expressão) ao nada jurídico, pois se estaria atentando contra a eficácia máxima da Constituição.

Uma vez que a Constituição, em vários artigos, faz referência a serviços públicos e serviços privados, apontando-lhes tratamento às vezes coincidente, às vezes diverso, não se pode negar que uma interpretação possível para o termo “de qualquer natureza” é esta, segundo a qual a expressão abrange tanto *serviços públicos* quanto *privados*. Não se pretende, é bom ressaltar, atribuir ao termo em destaque um sentido exclusivamente técnico-jurídico, resultante da conhecida dicotomia dos termos *serviço público* e *serviço privado*. Sabe-se que a norma constitucional deve se aproximar o mais possível do conceito comum atribuído às palavras. Porém, é inegável que as expressões *serviço público* e *serviço privado* fazem parte da vida cotidiana. Por outro lado, e principalmente, fala-se em “de qualquer natureza” abarcando *serviço público* e *privado* justamente porque é o próprio Texto Fundamental que utiliza, seguidamente, as expressões *serviço público*, v.g. o art. 37, § 3º, I, que trata do direito de reclamação do usuário, e *serviço privado*, a exemplo do art. 150 e seus parágrafos 2º (aqui não expressamente) e 3º. Este, na parte que fala da prestação de serviço pelos entes políticos, quando exercendo atividade econômica em sentido estrito, destaca que a imunidade do inciso VI, a, não se aplica “aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.” (Itálico acrescido). Conclui-se, assim, que a expressão “de qualquer natureza” autoriza o entendimento de que pode incidir o imposto – também – sobre serviços de natureza pública, pois a expressão “qualquer natureza” é aplicada não só no sentido corrente das palavras, mas também em sentido técnico-jurídico, na própria Constituição, como supra-exemplificado. Ainda, opina-se aqui que a expressão “exercidos em caráter privado”, referida no art. 236 da Lei Maior, não se

⁸ Segundo a doutrina de Gomes Canotilho; Vital Moreira, apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.11.

⁹ BAPTISTA. 2005, p.493.

refere diretamente a serviço privado, enquanto atividade econômica *stricto sensu*. Tal expressão terá seu significado melhor analisado a seguir, nos itens 3.3 e 3.4.

2.2 Responsabilidade objetiva: primeiro ponto de contato entre as figuras do notário e do concessionário de serviço público¹⁰

O § 1º, do art. 236, trata de responsabilidade civil objetiva ou sujeita à verificação da culpa (em sentido amplo)? Como acima mencionado, vale observar o ordenamento como um todo, uma vez que o próprio parágrafo determina que caberá à lei ordinária tal definição.

Antes de verificar o que estabelece a lei, é pertinente observar que o fato de a Constituição prever que a regulamentação da responsabilidade profissional dos notários dar-se-á por lei específica nada diz em relação à incidência ou não do ISS, pois todas as profissões regulamentadas prevêm, conforme suas respectivas peculiaridades, a responsabilização decorrente do exercício da profissão, e.g., o Estatuto da OAB, a legislação que trata da responsabilidade do médico etc.

O Título II, da Lei 8.935/94, fala das “Normas Comuns” a todos os notários. O Capítulo II (artigos 22 a 24) é o que regula a responsabilidade dos notários. Os artigos 23 e 24 trazem conceitos básicos do Estado de Direito, quais sejam, respectivamente, a independência entre as responsabilidades civil e criminal, bem como a subjetividade desta.

Já o artigo 22 é claro ao responsabilizar *objetivamente* os notários “pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia”. Desta imposição da responsabilidade objetiva do notário, no exercício de sua atividade fim, vem a primeira comparação com os serviços públicos concedidos pelo Estado, vez que, à semelhança dos concessionários e permissionários de serviço público,¹¹ o prestador de serviço público notarial é igualmente responsabilizado de forma objetiva quando do exercício dos atos próprios da função.

Sem dúvida que há uma diferença: o concessionário sobre o qual pesa a norma da responsabilidade objetiva é sempre pessoa jurídica, ao passo que o notário é pessoa física (quicá, no máximo, um empresário individual), mas que também tem a mesma responsabilidade. A justificativa para tanto (para que o prestador do serviço

¹⁰ O primeiro tópico (questão do *caráter privado* e da *delegação*) será analisado por último.

¹¹ Constituição Federal, artigo 37 e §6º.

notarial seja pessoa física), é de duas ordens: a primeira repousa na qualidade de bacharel, dotado de conhecimentos específicos na área de atuação, comprovados não só pelo grau acadêmico, mas também pela aprovação em concurso público. Esta a razão pela qual não se institui uma pessoa jurídica para tal mister público, posto que ao notário cabe, personalissimamente,¹² a análise pormenorizada de cada ato jurídico a ser formalizado, autenticado ou publicado. A segunda, decorrente da primeira, diz com a fé pública que lhe é atribuída no momento em que passa a titularizar suas funções, exarando os atos notariais típicos. Trata-se da confiança que o Poder Público deposita na atuação do titular do serviço, de molde a lhe conceder a prerrogativa da presunção de legitimidade dos atos que pratica. Aliás, não poderia ser de outra forma, considerando que o serviço é titularizado pelo Estado,¹³ e o ato notarial é, portanto, presumidamente legítimo. Enfim, como contrapartida a estas duas ordens de prerrogativas (personalidade e fé pública no exercício do ato notarial), estabelece-se sua responsabilidade: objetiva, tal qual qualquer outro concessionário de serviço público.

Ainda, importa referir que a questão ganhou novo contorno com a vigência do Código Civil de 2002, cujo art. 927 prevê a responsabilidade objetiva de particulares, (sem qualquer menção a estarem prestando serviço por delegação do Estado), segundo a teoria do risco.

Se a atividade própria dos notários será considerada por doutrina e jurisprudência como de risco nos termos do dispositivo em questão, dada a imensa gama de atribuições que lhes é delegada, sob a responsabilidade da *fé pública*, é aspecto ainda incerto. Certo, porém, é o fato de que o ordenamento jurídico como um todo consagra a noção de responsabilidade objetiva nas atividades dos particulares (mormente agora, com a supramencionada inovação da Lei Civil), devendo a interpretação do artigo 22, da Lei 8.935/94 aproximar-se desta noção. Com efeito, reza a norma:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Vê-se, pois, que a responsabilização é imposta somente em relação à “prática de atos próprios da serventia”, bem à semelhan-

¹² A utilização de prepostos, para o exercício de seus atos, prevista na Lei Maior e também regulada infraconstitucionalmente, por óbvio, não retira a personalidade dos atos notariais.

¹³ Consoante a seguir pormenorizado.

ça dos concessionários de serviço público em geral, que responde “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade [de prestadores de serviços públicos] causarem a terceiros”.¹⁴ Ademais, e este talvez seja o aspecto mais relevante neste subtópico, ainda que se possa entender que há co-responsabilidade objetiva do Estado¹⁵ por ser ele o titular do serviço¹⁶ (que é apenas objeto de delegação ao notário), isso não tem qualquer influência sobre o pressuposto que enseja a incidência da regra-matriz do imposto sobre serviços. O fato de o Estado ser considerado responsável solidário até se justifica por causa da delegação, por atribuir ao particular a fé pública. Mas, como se sabe, a solidariedade não retira de forma alguma a responsabilidade de qualquer dos causadores do dano, pelo que esta permanece íntegra em relação ao prestador do serviço notarial.

Em conclusão, é perfeitamente útil a analogia entre o concessionário de serviços públicos em geral e o titular do serviço notarial, pois, como se vê do próprio § 6º, do art. 37 da CF, a pessoa jurídica de direito privado, concessionária ou permissionária de serviço público, também será responsabilizada objetivamente e nem por isso deixará de ter sua atividade tributada por impostos os mais diversos, inclusive o sobre serviços.

2.3 Fiscalização pelo poder público (Poder Judiciário)

A fiscalização dos notários, em suas atividades de prestadores de serviços, pelo Judiciário, não tem relevância, nem em relação à natureza de serviço público ou privado e, menos ainda, na natureza da remuneração de tais serviços. Tal fiscalização (pelo Judiciário) não torna o serviço mais ou menos público. Não faz do serviço notarial uma espécie de serviço “ultrapúblico”. Não é pela fiscalização dos atos notariais dar-se pelo Judiciário que um imposto deixará de incidir. Não é a fiscalização pelo Judiciário que dá aos emolumentos percebidos pelos notários a natureza de taxa. O Poder Judiciário, ao fiscalizar, está exercendo poder de polícia. É lição basilar do Estado de Direito que todas as três funções (poderes) exercem atividades típicas e atípicas. Não faz diferença qual dos Poderes fiscaliza, pois fiscalizar é função tipicamente administrativa, sendo atribuída a cada poder na medida da pertinência da atividade a ser fiscalizada. Até porque, o poder do Estado é um só. Ora, na verificação dos atos notariais, o Poder mais indicado, mais

¹⁴ Constituição Federal, art. 37, §6.

¹⁵ Solidária em relação ao notário.

¹⁶ CENEVIVA, Walter. por exemplo, diz que a responsabilidade é tanto do Estado quanto do titular do serviço notarial e de registro. *apud* FOLMANN; SACOMAN. 2004, p.497.

afeito à análise da validade e regularidade dos atos jurídicos é, por evidente, aquele cuja função típica é zelar, antes de mais nada, e acima de tudo, pela *igualdade* e pela *legalidade*. Portanto, não há que se utilizar tal atividade como critério a influir pela incidência ou não de determinado tributo.

2.4 Fixação de emolumentos para a prestação do serviço notarial

O § 2º, do artigo 236, diz que cabe a uma lei federal estabelecer normas gerais para a fixação dos emolumentos relativos aos atos notariais e de registro. É de se destacar, desde já, então, a importância atribuída pelo legislador constitucional a um padrão geral a ser seguido a respeito dos valores a serem percebidos pelos notários ao prestarem o serviço público.

De forma precipitada, *data venia*, tem-se entendido que essa menção a normas gerais de âmbito nacional no estabelecimento dos emolumentos é elemento que corrobora a idéia de ausência de autonomia da vontade, na prestação de serviços notariais, pela impossibilidade de fixação dos respectivos valores pelo prestador do serviço (o notário), o que demonstraria a natureza de taxa de tais verbas.¹⁷ Benício, por exemplo, assim, expressa esta noção, a qual sintetiza, de forma clara, a posição dominante na doutrina e na jurisprudência:

Dessa forma, tendo os emolumentos a natureza jurídica de taxa, não podemos utilizá-los como base de cálculo para exigir o Imposto Sobre Serviços, outra espécie tributária, sob pena de afrontar normas e princípios constitucionais, à medida que teríamos o ISS (tributo) incidindo sobre os emolumentos (taxa-outro tributo).¹⁸

A previsão do art. 236, § 2º, porém, está inserida em um outro contexto, qual seja o da política tarifária prevista no art. 175, parágrafo único, III. Esta política, por certo, implica na adoção do “princípio da isonomia das tarifas”, como tão bem explanado por Justen Filho.¹⁹ Sem dúvida, a necessidade de uma padronização dos cha-

¹⁷ Nesse sentido, FOLMANN; SACOMAN. 2004, p.495-503. Os autores citam, na mesma linha, CHIESA, Clélio. para quem “as atividades dos cartórios não podem ser tributadas por meio de ISSQN, haja vista que os valores pagos a título de taxa não podem integrar a base de cálculo de um imposto.”

¹⁸ BENÍCIO, Sergio Gonini. O ISS e alguns aspectos polêmicos da Lei Complementar 116/2003, *In: ISS – Lei Complementar 116/2003*. Curitiba: Juruá, 2004, p.601-17.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.499.

mados emolumentos não lhes impõe o caráter de taxas, mas apenas revela a preocupação constitucional quanto à igualdade entre todos os prestadores de serviços públicos, bem como destes para com os usuários e destes últimos entre si.

Incumbiu-se a Lei nº 10.169, de 29/12/2000, de estabelecer as normas gerais das quais fala a Constituição. O seu artigo 2º determina que os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos por meio de Lei. Já o artigo 5º faz referência expressa à aplicação do princípio da anterioridade:

Art. 5º. Quando for o caso, o valor dos emolumentos poderá sofrer reajuste, publicando-se as respectivas tabelas, até o último dia do ano, observado o princípio da anterioridade.

Desta forma, fica evidente a intenção do legislador de “impor” aos chamados emolumentos duas garantias próprias dos tributos: a *legalidade* (art. 2º) e a *anterioridade* (art. 5º). Com efeito, esta previsão pode, aparentemente, ser – embora não venha sendo – o maior argumento legal pela tese da *natureza jurídica de taxa* dos emolumentos.

E tal argumento não vem sendo utilizado, muito provavelmente, por ser consabido que as chamadas limitações ao poder de tributar são típica e exclusivamente constitucionais. Então, é de se perguntar: o que uma Lei Ordinária está fazendo ao aplicar princípios constitucionais de natureza tributária aos emolumentos percebidos pelos notários? Ora, se os emolumentos são mesmos tributos tais princípios já se aplicam a eles e a disposição legal é de todo inócua. Por outro lado, e se são mesmos tributos os emolumentos, é vedado à Lei Ordinária regular as chamadas *limitações constitucionais ao poder de tributar*, posto que esta é matéria reservada à Lei Complementar. Haveria aí uma inconstitucionalidade formal, no mínimo. Frise-se que, ainda que fosse uma Lei Complementar a dizer que a anterioridade e a legalidade aplicam-se aos emolumentos, ainda assim isso não seria prova de que têm natureza de taxa. Isso porque à Lei Complementar incumbe “regular” as referidas “limitações constitucionais”. Ressalte-se: as “limitações” são “constitucionais”. Como se sabe, somente a Constituição pode estabelecê-las. Regulá-las (papel da Lei Complementar) não é o mesmo que estabelecê-las (papel da Constituição).

Não se pode negar, porém, que toda norma jurídica tem presunção de constitucionalidade. Assim, os citados artigos 2º e 5º da Lei 10.169/2000 têm de ser interpretados em consonância (interpretação conforme) com os princípios constitucionais. Nesse sentido, é de se perquirir se seria possível uma interpretação que acei-

tasse que uma lei (um ato normativo geral e abstrato) impusesse princípios constitucionais próprios dos tributos sobre determinadas atividades, estatais ou não, objeto de delegação estatal ou não. A resposta, por óbvio, só pode ser negativa. A imposição de normas de tal repercussão é atribuição única e exclusiva da Lei Maior. Carrazza assevera que “as limitações à utilização das competências tributárias são constitucionais, e não pré-constitucionais, extraconstitucionais ou infraconstitucionais.”²⁰ Portanto, a aplicação dos artigos 2º e 5º referidos pode na prática até ocorrer, mas não há qualquer respaldo constitucional nisto, cabendo ao Poder Judiciário afastar a incidência de tal regra, quando instado a tanto, seja pela via difusa, seja por meio do controle concentrado da constitucionalidade.

Especificamente a respeito da anterioridade, desde já adiantamos que não é pertinente impô-la à remuneração percebida pelos notários, uma vez que sua atividade envolve necessariamente a obtenção de lucro, conforme melhor analisado nos tópicos seguintes. Segundo será ulteriormente argüido, os emolumentos a que fazem jus os notários estão inseridos no contexto da contratação administrativa, competindo à Administração manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual com o concessionário/delegatário do serviço público, não fazendo sentido a aplicação da regra da anterioridade, sob pena de prejuízos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da contratação, provocado pela demora da correção dos valores de remuneração do prestador do serviço. Importa considerar, assim, alguns aspectos relativos à questão da remuneração dos serviços notariais referidos pela doutrina.

2.4.1 A questão do serviço compulsório

Há entendimento segundo o qual o critério para definir a *natureza da remuneração* é o da compulsoriedade ou não do serviço prestado.²¹

Em sentido contrário, com ênfase especial na superação do entendimento exarado na Súmula 545 do Supremo, Justen Filho assevera que tal critério (compulsoriedade) não pode balizar o entendimento definitivo a respeito da polêmica ‘*taxa versus tarifa*’.²²

²⁰ CARRAZZA, apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.854.

²¹ Neste sentido, VILLAÇA, Ana Cristina Othon de Oliveira. Serviços notariais e de registro público e a incidência do ISS. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 119, ago./2005, p.9-18.

²² “Depois, o problema fundamental não reside na espontaneidade (ou não) do consumo do serviço, mas na sua submissão ao regime de direito público. Serviços públicos podem, respeitados os parâmetros constitucionais, ser objeto de disci-

Com efeito, a compulsoriedade não pode ser tomada como critério decisivo para a definição da natureza pública do serviço e, menos ainda, da *remuneração* percebida pelos prestadores do serviço, neste caso os notários. Veja-se como é clara a conclusão de Justen Filho: a compulsoriedade significa a obrigatoriedade de fruir o serviço, pois ele é imposto ao usuário quer este queira quer não. É por isso que, para o citado autor, somente podem ser considerados realmente compulsórios os serviços de tratamento de água e de coleta de dejetos (lixo e esgoto).²³ Trata-se de questão de saúde pública em que, se não houver a imposição da fruição à população, corre-se o sério risco de se provocar um mal extremamente pior a essa mesma população.

Há opiniões no sentido de que os usuários dos serviços notariais estão a eles obrigados, visto que a Lei os exige para que determinados atos sejam válidos, como nos exemplos da emancipação civil, que somente é válida se devidamente registrada, ou das pessoas jurídicas que se devem registrar para se constituírem validamente, e, ainda, do registro de imóveis, dos procedimentos legais do casamento, entre outros atos da vida de relação.²⁴

Em que pese a consideração devida ao argumento supra, nem mesmo pelos termos da legislação específica pode-se argumentar de forma absoluta e, pois, cientificamente, neste sentido, uma vez que o artigo 8º, da Lei 8.935/94 estabelece que: “é livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.” O mesmo se aplica à escolha dos oficiais dos registros de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, bem como aos oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas.²⁵ Exemplo interessante, dentre outros, é o do § 4º, do art. 50, da Lei de Registros Públicos, segundo o qual: “É facultado aos nascidos anteriormen-

plina legal impondo sua compulsoriedade. Mas isso não é inerente ao conceito de serviço público. Há serviços que não são compulsórios e nem por isso deixam de ser públicos. Enfim, a compulsoriedade da fruição somente é admissível nas hipóteses de regime de direito público, mas não é da essência do conceito de serviço público. Essa consideração conduz à inutilidade da diferença, eis que a tarifa também envolve a prestação de serviço sob regime de direito público.”

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.341-2.

²³ JUSTEN FILHO, 2003, p.343 e 348.

²⁴ Esta a opinião de VILLAÇA, p.14.

²⁵ O art. 29, § 2º, da Lei 6.015/73, estabelece a alternativa inclusive entre cartórios de municípios diferentes, para o caso do registro da opção de nacionalidade: o da residência do optante ou de seus pais. Também em seu artigo 50, (com redação alterada pela Lei 9.053/95) a Lei dá a opção do registro do nascimento “no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais.”

te à obrigatoriedade do registro civil requerer, isentos de multa, a inscrição de seu nascimento." Há, então, plena liberdade para escolher, não qual tabelião, mas se deseja efetivamente o registro. Outra hipótese é a contemplada no art. 67, da mesma Lei, também com redação da Lei 9.053/95, que possibilita aos nubentes escolherem se pretendem a habilitação no domicílio do noivo ou da noiva, caso sejam distintos.

Além disso, e sob outro prisma, o que dizer da consequência jurídica da não observância das regras de registros públicos supracitadas? O Estado impõe coercitivamente qualquer um desses atos jurídicos àqueles que não os praticam espontaneamente? Sabe-se que não. O Estado, aliás, não deixa de reconhecer efeitos jurídicos lícitos a todas as situações exemplificadas, a despeito de não terem sido devidamente formalizadas. O usucapião, por exemplo, é modo originário de aquisição da propriedade, e, a despeito de ser sempre salutar e até necessário o registro da propriedade imóvel, não se nega o direito à prescrição aquisitiva. Da mesma forma, outros atos, como por exemplo, o casamento, ainda que não observadas as formalidades legais, poderá gerar efeitos ao contraente de boa-fé. Tais exemplos já são suficientes para mostrar o que é a verdadeira compulsoriedade, antes mencionada, conforme a lição de Justen Filho. Ou seja, os serviços notariais e de registros não têm sua fruição imposta pelo Estado, independentemente da vontade dos (potenciais) usuários. É opção do usuário sua fruição. Há aqui, sim, ato de autonomia da vontade, no sentido de dispor da faculdade de sua fruição. É certa e inegável sua imprescindibilidade para que determinados negócios jurídicos possam surtir todos os seus efeitos, mas não é o particular compelido à sua fruição mais do que em relação a qualquer outro serviço público.

Realmente, poder-se-ia invocar uma outra linha de considerações: o serviço de transporte público (seja ele inter ou intramunicipal) somente pode ser fruído, com todas as suas garantias (preço, seguro obrigatório, responsabilidade objetiva da transportadora por atos do preposto etc.), se o usuário se valer de um prestador legalmente habilitado para tanto. Ora, isso não faz da remuneração percebida pelo prestador deste serviço público uma taxa.²⁶

A autonomia da vontade, enquanto elemento contratual das relações que envolvem prestação dos serviços públicos, é reconhecida também pelo Código de Defesa do Consumidor, que incide nas relações entre prestador e consumidor de serviço público. As-

²⁶ Em cenários de inflação alta, o país já testemunhou inúmeras situações de tabelamento de preços (não só de serviços públicos), e nem por isso, por serem determinados pelo Poder Público, passaram a ter natureza de tributo.

sim, como negar a existência de relação contratual na prestação de serviços de telefonia fixa, luz, água, entre outros serviços públicos? A – quase sempre – inexistente liberdade de negociação do preço do serviço (tarifa) não é fator preponderante na contratação. Ademais, no caso dos serviços notariais, é ponto pacífico que a Lei não veda a cobrança pelos serviços prestados em valor menor do que o fixado oficialmente, prática corrente nos casos de serviços prestados em grandes quantidades pelos notários, e que, se não implicar em discriminação entre consumidores, não encontra qualquer restrição legal. Ao contrário, a Lei 8.935/94 somente veda a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos (art. 31, III). Os princípios contratuais que informam as relações de consumo, estes sim, são elementos decisivos na caracterização da relação negocial. A boa-fé, por exemplo, está presente em qualquer relação de serviço notarial. Ambas as partes têm o direito de contar com a lisura da outra em suas relações.

2.4.2 A questão dos emolumentos e sua natureza jurídica

Paralelamente à idéia da compulsoriedade como fator decisivo quanto à natureza da remuneração dos notários, há conclusões no sentido de que “os serviços são remunerados por emolumentos, os quais têm natureza de taxa.”²⁷ Há também os que entendem que “a circunstância de serviço público estar sendo prestado por um concessionário em nada altera a natureza jurídica da remuneração, que continua sendo taxa”, bem como que “Constituição elegeu a taxa de serviços como a única possível remuneração para a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis.”²⁸

Esse ponto de vista decorre da antiga idéia de dicotomia entre serviço público e atividade econômica, conceito este extraído dos artigos 173 a 175, da Constituição, mas que se trata de uma conceituação incompleta. Desta forma, entende-se que sempre que há prestação de serviço público não há atividade econômica. Em grande medida, tal visão é decorrente da conhecida distinção que os administrativistas fazem quanto à necessidade de licitação somente para as empresas públicas e sociedades de economia mista que sejam prestadoras de serviço público, interpretação esta corroborada, também, pela tantas vezes criticada redação do art. 22, XXVII, da Lei Maior, dada pela Emenda Constitucional nº 19.

²⁷ FOLMANN; SACOMAN. 2004. p.495-503.

²⁸ ALVES, Anna Emilia Cordelli. ISS - Aspectos Relevantes Decorrentes da Análise do artigo 1º da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. In: **Revista Brasileira de Direito Tributário**. vol. 99, dez./2003, p.24-38.

Daí que, se não há atividade econômica na prestação de serviço público, a remuneração destes somente pode se dar por taxa ou por impostos (caso não sejam específicos e divisíveis).

Enfim, partindo deste conceito anacrônico de serviço público, tanto doutrina quanto jurisprudência vinham buscando definir a natureza jurídica da remuneração paga pela prestação dos serviços notariais. Implica definir, portanto, se a dita remuneração é taxa ou tarifa.

Não obstante, é inegável que há atividade econômica realizada por meio de serviços públicos, ainda que – mas não só – em sentido amplo.²⁹

Analisando a dificuldade histórica na conceituação dessas duas realidades – atividade econômica e serviço público – Justen Filho, refere-se à preciosa lição de Grau, para quem não é possível contrapô-las de forma absoluta, “porquanto serviço público é uma modalidade de atividade econômica. Logo, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido restrito).”³⁰

Em relação ao tema ora enfrentado, o entendimento de serviço público como atividade econômica é pressuposto necessário, na definição da natureza jurídica dos emolumentos percebidos pelos notários. Aliás, por meio da comparação das regras incidentes em algumas das modalidades da atividade notarial (em sentido amplo), é possível distinguir bem a presença da atividade econômica em maior ou menor intensidade.

Referimo-nos aos serviços cartorários judiciais. De um lado, há os serviços cartorários vinculados às varas judiciais. Tais cartórios são públicos, de regra, na Justiça Federal e nas varas criminais, por exemplo, na Justiça Estadual. Nessa, as Varas Cíveis, de Família, de Fazenda Pública, v.g., são todas titularizadas por escrivães que, não obstante a necessidade de concurso para “provimento” ou “remoção” (a partir da Lei 8.935),³¹ são remunerados pelo pagamento das custas efetuados pelas partes que litigam em juízo. Ao contrário, naquelas varas em que o serviço é publicizado, a remuneração de todo o pessoal que ali labora advém diretamente dos cofres públicos, fazendo parte do orçamento do Poder Judiciário. É bom enfatizar o exemplo das Varas Federais, onde todos os servidores, e não apenas o titular, são concursados. Ademais, a remuneração que percebem não depende da livre disposição do chefe da Secretaria

²⁹ “A delegação ao concessionário, por via de concessão, não transforma o serviço público em atividade econômica em sentido estrito.” JUSTEN FILHO. 2003, p.333.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *apud* JUSTEN FILHO. 2003, p.19.

³¹ A questão do concurso público como requisito para ingresso no serviço notarial (sentido amplo) será abordada em tópico subsequente.

da Vara, mas é prevista em lei. Toda a estrutura física do local onde atuam as varas públicas é providenciada por recursos públicos, integralmente. As custas processuais pagas pelos litigantes servem apenas para custear os processos, não tendo qualquer cunho remuneratório ao titular do cartório ou a quem quer que seja. É muito distinta, portanto, a maneira de atuar dessas duas formas de organização para prestação de serviços públicos. O tratamento jurídico que recebem é, por consequência, diverso.

Pois bem. Essas varas que atuam prestando serviço público, que não é remunerado diretamente pelo usuário, para as quais é indiferente o número de usuários a cada mês, visto que os prestadores serão remunerados sempre pelo mesmo vencimento, pelo Estado, prestam um serviço tão público e tão necessário quanto aquelas, administradas pelos particulares, cujo serviço prestado é remunerado pelo pagamento das custas processuais, sendo que, quanto maior o número de usuários, maiores serão os ganhos do titular da escritania.

Neste contexto, é inegável que há atividade econômica muito mais intensa na prestação de serviço pelos cartórios privados. Dizer o contrário é fugir da realidade e fomentar a injustiça, pois não podem receber o mesmo tratamento duas situações tão distintas – no que se refere à sua organização material e à sua remuneração – ao passo que tão assemelhadas quanto ao conteúdo do serviço prestado.

2.5 Caráter privado, delegação e concurso público

Como seqüência natural do raciocínio até aqui desenvolvido, inserem-se as questões relativas ao “caráter privado” da prestação dos serviços notariais, citado pela Constituição, bem como à delegação e sua precedência por concurso público.

Falávamos a respeito da diferença entre cartórios públicos e privados e do regime jurídico incidente sobre cada um deles. Considerados tais exemplos distintivos, importa aqui lembrar que os notários e registradores, segundo o ordenamento vigente, somente podem ser enquadrados dentre os prestadores de serviço público de caráter privado.

Quer dizer que, tanto quanto os cartórios privados, sua atividade é organizada por iniciativa própria, com recursos próprios, com empregados contratados às suas expensas, não obstante a serventia em si, a função de serventuário, não se constitua e nem se desenvolva nos moldes idênticos de uma empresa ou sociedade empresária. Como reza a Constituição, *os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado*. Quer dizer que é o

particular, pessoalmente, em razão de suas qualidades pessoais (notadamente as qualidades técnicas) que tem de, por sua conta, organizar toda a estrutura da atividade que exerce. Como se vê do art. 21, da Lei 8.935/94. Este o núcleo intocável, onde o Poder Público não pode (e não quer) imiscuir-se. O titular do cartório é o único gerente administrativo e financeiro de sua atividade notarial. Tal asserção é significativa, pois implica em lhe reconhecer *autonomia*. A propósito, deve-se observar, neste ponto, que é precisamente essa linha de raciocínio que o voto do Ministro Sepúlveda Pertence avulta haver trilhado, reconhecendo a distinta natureza do serviço público prestado *em caráter privado*, ao menos pelo que se viu do Informativo de Jurisprudência do STF, nº 441, que divulgou, ainda que sucintamente, os dois primeiros votos proferidos no julgamento da ADI 3089.³²

Ora, o exercício das atividades notariais que, apesar de delegadas, não são remuneradas pelo erário, envolve um amplo espectro de atuação, inclusive no campo financeiro, no qual não há qualquer limitação legal a respeito da otimização da prestação dos serviços e eventual melhora de ganhos daí decorrente. Por evidente, quanto melhor organizar o serviço, melhor será a relação custo-benefício para o usuário e, conseqüentemente, para si. Pois é dele, é para ele que ingressam todos os emolumentos que remuneram a prestação de seu serviço, como dispõe o artigo 28, do aludido Diploma. É precisamente em razão dessa realidade, que não se pode aceitar que os emolumentos sejam *taxa*, pois esta não se destina a um particular.

Alguns pretendem afastar essa idéia invocando a questão da parafiscalidade, para dizer que se trata o emolumento de um tributo parafiscal.³³ Na verdade, o notário (sentido amplo) que administra financeiramente sua serventia auferirá substancial lucro em sua atividade. Diversamente, na parafiscalidade todo o valor arrecadado é destinado de forma exclusiva, e por determinação legal, à entidade à qual é delegada a capacidade tributária ativa (ou ao ente que detém a competência tributária, eventualmente) e é aplicado em sua atividade fim, e nunca para sua atividade meio.

A bem de ver, a completa e irrestrita incompatibilidade entre *delegação de capacidade tributária ativa* e *delegação de serviços notariais* é, isto sim, um forte argumento no sentido da definição natureza jurídica da remuneração percebida pelos notários. Deveras, não havendo aqui o fenômeno da parafiscalidade, o que se constata pela própria destinação (prevista em lei) dada aos

³² Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo441.htm/ Acesso em 15 de outubro de 2008.

³³ FOLMANN; SACOMAN. 2004. p.501.

emolumentos, é que estes não podem ser de forma alguma caracterizados como tributo (leia-se taxa).

2.5.1 Delegação

Nesse passo, a questão da delegação pelo Poder Público (CF, art. 236) também ganha relevância, na medida em que há entendimento no sentido de que a delegação seria espécie distinta da concessão, da autorização e da permissão, com aplicação de regimes jurídicos diversos entre aquela e estes. Nesses três casos, haveria remuneração por tarifa e, naquele (delegação), a remuneração seria por emolumento, cuja natureza seria de taxa.³⁴ Pretende-se, portanto, tomar a expressão delegação para classificá-la como ato jurídico de natureza diversa dos demais citados. Contudo, a Constituição e a Lei da espécie jamais empregaram o termo *delegação* com o sentido que lhe pretende dar a doutrina – até a ADI 3089 – majoritária.

Desde já, incumbe registrar a falta de consenso a respeito da dita expressão. Carrazza³⁵ chama de “delegatárias” as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público. Para ele, tal “delegação” implica na necessária remuneração tão-somente do custo do serviço.

Invocando esse raciocínio, Alves, busca ligar a expressão “delegação” dos serviços notariais à natureza pública destes, os quais estariam sempre fora de qualquer incidência tributária, pois “o serviço público é bem indisponível. [...] É *res extra commercium* e, nessa medida, insuscetível de negociação.”³⁶ Conclui sua tese, referindo que há serviços que, por estarem elencados na Constituição, apesar de não serem públicos, e, por isso, podem ser titularizados pelo Estado, tanto quanto pelo particular. Estes últimos seriam justamente aqueles excepcionadores da regra da imunidade do art. 150, *caput*, da Constituição, referida na parte final do § 3º. Ou seja, os serviços públicos propriamente ditos jamais poderiam ter “titularidade privada”,³⁷ bem como jamais seriam remunerados por tarifa ou preço público.

Contesta-se o pensamento segundo o qual o termo *delegação* designa serviço público não passível de remuneração por tarifa (composta não só pelos custos do serviço, mas também pelo lucro do prestador), consoante a seguir explicitado. Também, repele-se a idéia de que há serviços públicos titularizados pelo particular. Em

³⁴ FOLMANN; SACOMAN. 2004. p.495-503.

³⁵ CARRAZZA, apud ALVES. p.34.

³⁶ ALVES. p.34.

³⁷ ALVES. p.36.

resposta a tais argumentos, vale citar alguns dos ensinamentos de Justen Filho, que explica: “somente é possível delegar à iniciativa privada o exercício de certas atividades que não envolvam competências de cunho coercitivo.” E conclui: “Dito de outro modo, toda concessão de serviço público configura delegação parcial e limitada de algumas das competências estatais.”³⁸

Importa dizer que *delegação* não é uma categoria jurídica distinta, com um regime jurídico diverso do regime da concessão, permissão ou autorização de serviço público. Na verdade, toda concessão, autorização ou permissão envolve uma delegação do Estado ao particular (concessionário, autorizatário ou permissionário). E, adiantando a análise da questão da decantada compulsoriedade do serviço notarial, é indicativa da ausência de fundamento dessa tese a menção que o referido autor faz quanto à impossibilidade de o Estado delegar qualquer competência de cunho coercitivo ao prestador do serviço. Como será visto, nem este, nem o próprio Estado atuam coercitivamente na prestação do serviço notarial.

A atividade delegada ao notário é uma atividade de serviço público, mas que não está sendo prestada pelo Estado, nem mesmo por qualquer das pessoas da administração pública indireta. Sendo assim, há que se verificar se a remuneração percebida pelos notários tem o caráter meramente satisfativo, de custeio do serviço prestado, como é do condão da taxa, ou se o que percebem é economicamente remuneratório também do lucro visado. Não se está falando aqui de serviços que não são delegados, como produção de fotocópias de documentos, por exemplo, que também faz parte da atividade dos notários. Os serviços de que se está falando são típicos das atividades notariais. E esses, como antes mencionado, nos casos em que as serventias são privadas, representam, sem dúvida, atividade lucrativa.

Para tal análise, muito útil também é a sobredita comparação entre os Cartórios vinculados às Varas da Justiça Estadual e dos Cartórios vinculados à Justiça Federal, tomando-se como exemplo o Estado do Paraná. Ambos são serviços públicos, ambos prestados em atividade vinculada à atividade fim do Poder Judiciário, mas ambos com valores de remuneração muito diversos.

Isso demonstra aquilo que Baptista destaca como o elemento decisivo para se definir a “natureza da remuneração”. E, definida esta, estar-se-á, ou não, diante de uma prestação de serviço típica da incidência do ISS. “A titularidade da prestação que, como defendido, é elemento decisivo para a definição da natureza jurídica

³⁸ JUSTEN FILHO. 2003, p.28.

da remuneração, é irrelevante para a definição da natureza jurídica do serviço como público ou não.”³⁹

Quer dizer que a natureza (pública ou não) do serviço prestado não tem relevância para fins de incidência do ISS, como já demonstrado quando da análise da regra-matriz de incidência do Imposto. O que importa é perscrutar o regime de remuneração do serviço, seja este público ou privado, observando-se como critério para definir o regime de tal remuneração o critério subjetivo. Ou seja, importa *quem* presta o serviço. No exemplo citado dos cartórios da Justiça Estadual e Federal no Estado do Paraná é fácil identificar que, na Justiça Federal, os cartórios são órgãos da estrutura administrativa do Poder Judiciário e, bem por isso, a taxa cobrada pelo serviço remunera tão-somente o custo deste. Já no caso dos cartórios vinculados à Justiça Estadual (à exceção das Varas Criminais) quem presta o serviço são os particulares, que recebem remuneração correspondente a muito mais do que o custo do serviço, pois resulta em lucros consideráveis aos titulares dos cartórios (escrivães). O mesmo é válido para os notários e registradores, e aí em âmbito nacional.

Por oportuno, vale repetir que a Lei 8.935/94, a respeito da remuneração percebida pelos notários, garante seu direito de perceber integralmente os emolumentos recebidos pelos atos praticados (Art. 28). Já os funcionários públicos que titularizam cargos públicos em cartórios públicos (tais como os da Justiça Federal) não ficam com as custas pagas pelas partes. Estas não lhes pertencem. Tais funcionários personificam o Estado, eis que prestam diretamente o serviço público e são por ele remunerados, com vencimentos previstos no orçamento do Poder Judiciário. Como diz Bandeira de Mello, não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. “Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas.”⁴⁰

Separando a titularidade do serviço da prestação do serviço podem-se referir os seguintes excertos da lavra de Justen Filho:

A concessão de serviço público produz a exploração empresarial de um serviço público. Isso significa que o concessionário aplicará seus recursos e esforços para prestação do serviço público, mas visando a obtenção de lucro.⁴¹

A função estatal de prestação de serviço público não pode ser transferida para um particular. O que se admite é a constituição de uma relação jurídica de cu-

³⁹ BAPTISTA. 2005, p.463.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO. apud BAPTISTA. 2005, p.463.

⁴¹ JUSTEN FILHO. 2003, p.68.

nho secundário, pela qual são delegadas as atividades de execução de alguns dos poderes-deveres inerentes a uma função estatal.⁴²

Não obstante a fragilidade do argumento,⁴³ vale invocar o texto do inciso II, do artigo 2º, da própria Lei 8.987, segundo o qual a concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação”. Nota-se, portanto, que nem mesmo os termos e expressões utilizados pela Lei infraconstitucional corroboram o entendimento de que “delegação” designa serviço (público) incompatível com os conceitos de concessão e permissão de serviço público.

Fica evidenciado, portanto, que, a despeito da incontroversa natureza pública de tal serviço, ele pode ser prestado pelo Estado ou pelo particular. Nesse caso, o particular será remunerado por tarifa, pois ele tem uma relação jurídica com o Estado, na qual deve ser preservado o equilíbrio econômico-financeiro, a toda semelhança da concessão, pois se trata de uma forma de concessão, ainda que com as peculiaridades exigidas pela própria natureza da atividade exercida, qual seja a de, mediante o atributo da fé pública, “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos negócios jurídicos.”⁴⁴ Como o Estado não pode impor a ninguém que preste tais serviços, o motivo para o particular querer prestá-los é, primacialmente, o intuito de lucro. É a possibilidade deste que atrai inúmeros candidatos aos concursos públicos.

2.5.2 Concursos públicos e notários: analogia às licitações e concessionários

O concurso público (previsto no referido § 3º, do art. 236, da Constituição), neste caso, não vincula o futuro prestador do serviço ao poder delegante, como se o aprovado fosse um funcionário público. O concurso público é uma decorrência necessária da natureza pública do serviço prestado. Trata-se de uma atividade de extrema relevância, pois, como já destacado anteriormente, há necessidade premente de conhecimento técnico-jurídico para seu exercício. Outrossim, ao receber a delegação, o prestador do serviço é investido de fé pública, dada a tipicidade de seu mister.⁴⁵ Assim, não se pode invocar o necessário certame como argumento no sen-

⁴² JUSTEN FILHO. 2003, p.57.

⁴³ Fragilidade em razão da consabida realidade da imprecisão técnica dos textos de lei, de uma maneira geral, a qual não se aplica no trecho legal supracitado.

⁴⁴ Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.

⁴⁵ Vale mencionar o já aludido art. 1º, da Lei 8.935/94: “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

tido de que o notário é mero agente do Estado, no exercício de uma função estatal. Di Pietro,⁴⁶ vale lembrar, não elenca titulares de serviços notariais e de registros entre os servidores públicos. Para ela estes compreendem “os servidores estatutários”, “os empregados públicos” e os “servidores temporários”; ao passo que aqueles pertencem à categoria dos “particulares em colaboração com o Poder Público”, por meio de “delegação do Poder Público”. Sem dúvida, o particular aprovado no concurso e investido na função notarial continua sendo um particular, não obstante a delegação, e nessa qualidade organiza pessoalmente todo o serviço a ser prestado, assemelhando-se em tudo ao concessionário de serviços públicos. Este também, muitas vezes, não tem liberdade de negociar condições contratuais com o usuário, como nos exemplos já trazidos do pedágio e do transporte público. Entretanto, é inegável o intuito de lucro na prestação de tais serviços públicos.

O concurso público, nesse contexto, mais se assemelha à licitação, que precede as concessões de serviço público e, nem por isso, torna o vencedor que irá prestar também um serviço público, um agente do Estado. Analogamente, vê-se que, nem um, nem outro; nem o notário, nem o vencedor da licitação, são remunerados pelo Estado, seu contratante, mas pela tarifa paga pelo usuário do serviço. De outro lado, o notário não poderá ser exonerado ou demitido, tanto quanto o concessionário. Ambos terão sua delegação/concessão cassada pelo poder delegante/concedente.⁴⁷ É de se ver que, tanto o concurso público, que resulta na natureza *intuitu personae* da delegação, quanto o poder de fiscalização e de imposição de penalidade da autoridade delegante, com linhas gerais próprias na Lei 8.935/94, correspondem às verdadeiras e típicas características dos contratos administrativos.⁴⁸

3 Demais considerações a respeito da natureza do serviço notarial, levando em conta a titularidade da prestação e da respectiva remuneração

Contrastando a tese da natureza do serviço como fator decisivo na definição da incidência ou não do ISS, a Constituição, de forma expressa, diz que os serviços notariais e de registro “são exercidos em caráter privado”. Este exercer em *caráter privado*, como demonstrado, vem destacado nos artigos 20 e 28, da Lei 8.935/94, e diz respeito à organização administrativa e financeira do serviço,

⁴⁶ DI PIETRO. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.433-7.

⁴⁷ O artigo 32, IV, da Lei 8.935/94 utiliza o termo *perda da delegação*.

⁴⁸ Quanto às características próprias dos contratos administrativos, DI PIETRO, *op.cit.* p.249.

feita pessoalmente, às expensas e sob a responsabilidade do titular da prestação do serviço (o notário) que, para isso, é motivado em razão do lucro a auferir, após a cobertura de todos os custos, inclusive os da remuneração de seus próprios empregados, em regime privado também (trabalhista). Isso vai exatamente ao encontro do que diz a Constituição, ou seja, harmoniza-se com o fato de que a delegação dos serviços notariais e de registro importa *prestação* ("exercício") em regime ("caráter") privado. É dizer: uma vez que é a titularidade da prestação do serviço (e não deste) que é delegada, é no seu prestar que o notário atua em caráter privado. Neste *prestar*, ele prepara, organiza e administra todo o funcionamento de sua atividade (artigo 20), autonomamente (de forma independente, reza o artigo 28), ou seja, em caráter privado, e, por isso, é merecedor do lucro, da integralidade dos emolumentos, como diz o aludido artigo.

Ainda considerando a expressão constitucional, e novamente recorrendo à comparação com a atividade cartorária das varas judiciais, cumpre salientar que a omissão da Constituição (no art. 236) quanto a esta modalidade do serviço notarial *lato sensu*, implica no reconhecimento tácito, mas eloqüente, de que continuam os tais serviços sendo prestados em caráter público ou privado, conforme a situação e a disposição do Poder Público, seu único titular, porém não seu único prestador. De conseqüência, claro está que os serviços notariais e de registros, por imposição constitucional, prestam-se sempre por particulares, delegatários e titulares exclusivos da prestação. De se ver que nem mesmo em caso de extinção da delegação pela aplicação da penalidade de perda ao notário, o Poder Público retomará a prestação, nos termos do art. 39, § 2º, da Lei 8.935/94.

Por todas estas razões, de base constitucional, forçoso é concluir que, se o serviço permanece público, pois realiza valores fundamentais da Constituição, inclusive relacionados à dignidade da pessoa humana,⁴⁹ a atuação pessoal e personalíssima do notário ao prestá-lo, tem caráter privado.

Retornando-se, porém, à questão do serviço notarial ter natureza pública, e ser prestado mediante delegação do Poder Público (CF, art. 236, *caput*), delegação que, como visto no escólio de Justen

⁴⁹ Conceito de serviço público segundo o escólio de JUSTEN FILHO. 2003, p.44. Ensinando o mestre, afastando a idéia de "serviços públicos por inerência", pelo tão só fato de virem previstos na Constituição: "*Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.*"

Filho, é o ato pelo qual o Estado concede, permite ou autoriza a prestação do serviço público, mister referir a lição de Di Pietro, para quem:

Impor a instituição de taxa, (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos, tornará inviável a utilização da concessão, já que taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

Afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão.⁵⁰

Com efeito, Justen Filho, revela que:

Quando o Estado outorga concessão, não se altera o regime jurídico da prestação do serviço público, mas se modifica o regime jurídico da sua remuneração. A Constituição Federal, ao tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, produz uma espécie de redução da amplitude eficaz do sistema tributário. Retira do seu âmbito a remuneração atinente aos serviços públicos outorgados aos particulares por via de concessão ou permissão.⁵¹

4 A realização dos valores constitucionais que caracterizam o Serviço Público e a prestação do serviço notarial em caráter privado

Os raciocínios acima são perfeitamente aplicáveis à prestação de serviços públicos notariais, cartorários e de registro, pois, como suprademonstrado, as regras para a prestação e fruição do serviço continuam as mesmas, seja ele prestado diretamente pelo Estado, seja pelo particular por delegação. Ou seja, as limitações e as liberalidades legais para prestar e fruir o serviço serão as mesmas, quer preste-o o Estado, quer preste-o o particular. Prestador e usuário terão os mesmos direitos e deveres, salvo por um aspecto peculiar.

Assim, o que muda é que, quando o particular titulariza a prestação (e nos serviços notarial – em sentido restrito – e registral, tal *prestação* é exclusiva do particular, consoante suprademonstrado) ele o faz em “caráter privado”, não no sentido de que as regras da prestação em si terão mudado, eis que o serviço segue público. A rigor, o serviço prestado deverá ser o mesmo, porém com a constante (e muitas vezes prévia) atuação percuciente do prestador,

⁵⁰ DI PIETRO. *apud* BAPTISTA. 2005. p.460.

⁵¹ JUSTEN FILHO *apud* BAPTISTA. 2005. p.460.

sempre visando à melhoria das condições da fruição pelo usuário. Essa nova maneira de atuar, esta especial forma de otimizar a prestação do serviço é que se dá em “caráter privado”, pois a prestação, então, passa a ser exercida mediante a assunção pessoal da responsabilidade pela excelência do serviço. E é somente atuando como um particular atua no gerenciamento de seus próprios negócios, aplicando seus melhores esforços de forma pessoal e independente, com liberdade, na busca da melhor forma de prestar o serviço, que o titular da prestação atenderá àquela exigência constitucional de “satisfação direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana” e/ou de atender às “finalidades políticas essenciais,”⁵² em consonância com o conceito de serviço público proposto por Justen Filho e ora adotado no presente trabalho.

Desta maneira, a Constituição reconheceu que o administrador (agente) público não tem essa característica personalíssima, do envolvimento pessoal e direto com a organização e administração de todas as atividades que culminam na prestação dos serviços notariais e de registro, no nível de excelência por ela almejado, a tal ponto que delegou ao particular a titularidade de sua prestação de forma *exclusiva* (somente à pessoa física), *vinculada* (a delegação é imposta pela Constituição, sem possibilidade de o Estado prestar diretamente o serviço, apesar de titularizá-lo) e *permanente* (nem mesmo em caso de perda da delegação pelo delegatário, o Estado retoma a prestação do serviço, pois transfere-a a outro notário).⁵³ Exatamente em razão dessa confiança depositada no particular, bem como dos esforços que este terá de envidar para alcançar uma prestação pública de qualidade, capaz de realizar os aludidos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e das finalidades essenciais da República, por isso é que o delegatário fará jus a auferir lucro em razão desta sua atividade. Esta a interpretação correta do artigo 28, da Lei 8.935/94, em sua leitura conjugada com os artigos 20 e 21, do mesmo Diploma, em desdobramento preciso dos preceitos do art. 236, combinado com o art. 37, da Constituição Federal.

Assim, remunerados os notários visando não apenas à manutenção dos custos do serviço (caso da taxa), mas também ao lucro, a

⁵² Estes os dois objetivos informadores do conceito de serviço público, segundo ensina JUSTEN FILHO. Teoria Geral, *op.cit.*, p.44-5.

⁵³ Como antes mencionado, em relação ao serviço cartorário judicial, a Constituição dispensou tratamento diferenciado, pois admitiu que o próprio Estado pode ser o titular da prestação do serviço, tanto quanto o particular por delegação. É o que se infere da omissão do artigo 236 quanto aos chamados *serviços forenses*, em leitura conjugada com o artigo 24, IV, onde está expressa a competência concorrente para legislar sobre custas de tais serviços.

natureza dos chamados emolumentos será de tarifa, e aí fará sentido o disposto no art. 175 da Constituição a respeito da política tarifária nacional, cujo objetivo principal é justamente assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da relação com o concessionário/delegatário do serviço público, que perceberá a justa remuneração pela prestação em *caráter privado*, auferido diretamente dos usuários (não dos cofres públicos).⁵⁴

Essa linha de argumentação mostra-se suficiente para fixar que a Constituição alberga a possibilidade de incidência de imposto sobre uma das tantas atividades de prestação serviço público, qual seja, a atividade notarial. Conseqüentemente, o artigo 236, da Constituição Federal, harmoniza-se, de forma plena, com o sistema constitucional tributário.

Referências

- ALVES, Anna Emilia Cordelli. ISS - Aspectos Relevantes Decorrentes da Análise do artigo 1º da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. *In: Revista Brasileira de Direito Tributário*. vol. 99, dez./2003, p.24-38.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **República e constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BARRETO, Aires Fernandino. **ISS na Constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. ISS e Responsabilidade Tributária. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, nov./2005. v. 122.
- BENÍCIO, Sérgio Gonini. O ISS e alguns dos aspectos polêmicos da Lei Complementar 116/03. *In: ISS - Lei Complementar 116/2003*, Curitiba: Juruá, 2004.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999.
- BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁴ Nesse sentido, o ensino de BAPTISTA. 2005. p.462.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20.ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria e prática das multas tributárias**. 2.ed. São Paulo: Forense, 1993.

_____ ; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Distinção entre Não-incidência e Isenção em Tema de ISS – Atividades Bancárias. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, mar./2006. v. 126.

COSTA, Antônio José da. **De regra padrão de incidência do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOLMANN, Melissa; SACOMAN, Cleiton. A LC 116/03 e a exigibilidade de ISSQN dos serviços notariais e

registrais. *In: ISS - Lei Complementar 116/2003*, Curitiba: Juruá, 2004.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3089&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M/Acesso> em 15 de outubro de 2008.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo441.htm>/ Acesso em 15 de outubro de 2008.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo464.htm>/ Acesso em 15 de outubro de 2008.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo494.htm>/ Acesso em 15 de outubro de 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O imposto sobre serviços na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de; LIPPO, Luiz Francisco. **A não-cumulatividade tributária**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Organizadores. **ISS - Lei Complementar 116/2003**. Curitiba : Juruá, 2004.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **República e federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento Tributário**. 2.ed. revista e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VILLAÇA, Ana Cristina Othon de Oliveira. Serviços Notariais e de Registro Público e a Incidência do ISS. *In*: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, Dialética, agosto/2005, v. 119.

A comprovação de titularidade na execução de projetos com recursos do Orçamento Geral da União - OGU

Marcelo Quevedo do Amaral

Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul

*Especializando em direito imobiliário
registral pela PUC Minas*

*Especializando em direito processual
civil pela UNISC*

RESUMO

A eficiência e produtividade do gasto público são balizadores permanente dos gestores. Com esse propósito surgiram os contratos para operacionalização de recursos firmados entre a União e a Caixa. Nessa atividade, uma das questões fundamentais diz respeito à comprovação de titularidade das áreas objeto de intervenção pelos respectivos planos de trabalho. As inúmeras situações dominiais que podem ocorrer tornam árduo o trabalho do gestor. Assim, o sucesso no cumprimento das metas estabelecidas exige que a norma disciplinadora dos investimentos preveja o maior número possível de situações e a forma de sua regularização.

Palavras-chave: Comprovação de titularidade. Orçamento público. Princípio da eficiência. Administração pública.

ABSTRACT

The efficiency and productivity of the public spent is a permanent boundary setter for managers. With this purpose the recourses to implement contracts between Caixa and the União emerged. In this activity, one of the fundamental points is about property proving of areas that are object of intervention of their respective working plans. The manager's job becomes harder with the innumerable domain setting situations that may occur. Therefore, the success in achieving established goals demands that the investments disciplinarian norm preview the biggest number as possible of situations and its way of regularization.

Keywords: Property proving. Public budget. Efficiency principle. Public administration.

Introdução

Neste breve trabalho, será apresentada a atuação da Caixa Econômica Federal enquanto gestora pública responsável pela operacionalização dos recursos do Orçamento Geral da União de diversos órgãos conveniados. Esse modelo surge como alternativa à execução dos gastos públicos diretamente pela União em observância aos princípios da eficiência e economicidade.

Um ponto essencial nessa atividade, previsto nas competências e atribuições da Caixa, é a confirmação da comprovação da titularidade das áreas objeto de intervenção dos programas governamentais. Essa preocupação justifica-se pela necessidade de evitar desvios de finalidade ou possíveis prejuízos pela aplicação dos recursos em bens particulares ou sem regular domínio pelo poder público.

Obrigatoriedade, a atuação governamental necessita abranger inúmeras situações, muitas de complexidade e difícil previsibilidade. Portanto, o regramento precisa contemplar o necessário equilíbrio entre a segurança jurídica do investimento e a eficiência e eficácia do gasto público. Nesse sentido, em especial em período marcado pela retomada de programas de investimentos públicos massivos, a exemplo do Programa de Aceleração do Investimento – PAC, como o atual, é fundamental que a norma sofra as devidas atualizações e revisões indispensáveis a permitir e agilizar a aplicação dos recursos nos projetos prioritários.

Em razão disso, a abordagem das atuais hipóteses legais de comprovação da titularidade, com destaque para sua evolução e peculiaridades, é indispensável para se firmar um juízo crítico da norma em vigência. Com essa reflexão se almeja discutir algumas lacunas legais que dificultam a execução do orçamento e o atendimento do seu público alvo.

1 A comprovação de titularidade na execução de projetos com recursos do Orçamento Geral da União - OGU

1.1 A execução orçamentária

A execução dos recursos previstos no Orçamento Geral da União – OGU – na “modalidade de aplicação” transferência de recursos, ¹ num país continental como o Brasil, pressupõe uma ampla

¹ A despesa pública, segundo a portaria nº 05 de 1º de outubro de 1992, classifica-se de modo simplificado em: categoria econômica (despesas correntes e de capital); grupo de despesa (pessoal; juros; outras despesas correntes; investimentos; inversões financeiras; amortização e outras despesas de capital); modalidade de aplicação (transferências intergovernamentais; transferências à União; transferências a Estados e ao Distrito Federal; etc.); e elementos de despesa.

estrutura governamental, descentralizada e capacitada para atender às diferentes realidades regionais e aos desafios técnicos e gerenciais resultantes dessa árdua tarefa.

A administração pública deve observar para esse fim os princípios da eficiência e economicidade dos serviços na execução da despesa orçamentária. Segundo o ensinamento de Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços público.²

Por evidente, a manutenção pela esfera federal de um aparato estatal permanente, de grande dimensão, para o cumprimento de ações públicas que têm sua demanda correlacionada aos ciclos de crescimento econômico, por sua própria natureza, ocasiona um forte grau de ineficiência em determinados períodos históricos. Essa circunstância, logicamente, deslegitima a atuação desses órgãos em momentos de baixo investimento público, podendo levar gestores afoitos e precipitados a promover seu esvaziamento.

Todavia, como o desenvolvimento econômico está fortemente correlacionado à capacidade de planejamento e indução dos agentes econômicos pelo poder público, mais cedo ou mais tarde, a retomada dos investimentos estatais se fará imprescindível. Nesse momento a experiência, capacitação e estrutura para operacionalização dessas ações serão fatores estratégicos para o cumprimento dos planos e metas traçados.

A observância do princípio da eficiência deve ser considerada dentro desse contexto, de forma a garantir, como leciona Moraes, a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a se evitem desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitem-se desperdícios e garantir-se uma maior ren-

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella de. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.83.

tabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.³

1.2 A Caixa e a execução orçamentária

A experiência acumulada e os esforços constantes para modernização, qualificação e melhoria da eficiência e eficácia do gasto público levaram os gestores a procurar alternativas à execução orçamentária de forma direta. A relação e credibilidade existente com os Estados e Municípios, o corpo técnico experiente e capacitado em infra-estrutura urbana e habitacional, a estrutura organizacional flexível e a capilaridade de sua rede tornaram a Caixa um parceiro ideal. A sinergia entre as atividades bancárias tradicionais com a prestação de diversos serviços públicos por excelência possibilitou amplos ganhos de produtividade nesse desiderato. Dessa forma, os contratos de prestação de serviços firmados com a Caixa são, com certeza, uma das iniciativas com maior sucesso e melhores resultados.

Nesse modelo, a União contrata a operacionalização dos recursos geridos por algum Ministério, Agência ou órgão com dotação orçamentária própria,⁴ fixando as obrigações da contratada mediante remuneração. Assim, poderá centrar seus esforços e energias nas questões verdadeiramente estratégicas para o Poder Público: a gestão, coordenação geral, gerência do programa e ações, estabelecimento das diretrizes e procedimentos operacionais, critérios e métodos de seleção dos beneficiários e o acompanhamento e avaliação da execução e dos resultados obtidos.

À Caixa competirá, em síntese, a operacionalização, recebendo e analisando os Planos de Trabalho e a documentação técnica, institucional e jurídica das propostas previamente selecionadas, celebrando os contratos de repasse, promovendo a sua execução, acompanhando e atestando a execução das obras e serviços, e, ainda, disponibilizando os dados e informações a respeito.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.312.

⁴ Entre eles, a título ilustrativo, destacamos: Agência Nacional de Águas - ANA; Fundo Nacional do Meio Ambiente - FNMA; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA; Ministério das Cidades; Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS; Ministério do Esporte; Ministério da Integração Nacional; Ministério da Justiça; Ministério do Turismo; SUFRAMA - Superintendência da Zona Franca de Manaus.

Nessa atividade, a empresa deverá, também, observar as normas editadas pela contratante e a Instrução Normativa n.º 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN do Ministério da Fazenda - MF, nas seguintes etapas:

a) análise da compatibilidade da proposta constante do Plano de Trabalho com a seleção efetuada e as diretrizes estabelecidas pelo Gestor;

b) análise do atendimento, por parte do beneficiário dos recursos, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, conforme regulamentação expedida pela Secretaria do Tesouro Nacional;

c) análise técnica de engenharia, quando couber;

d) análise da regularidade da área de intervenção do projeto, quando couber.

e) análise do projeto social, quando couber;

f) verificação dos documentos relativos ao processo licitatório quanto à Publicidade, à Planilha de Custos do licitante vencedor e sua compatibilidade com os custos aprovados pela Caixa, o respectivo enquadramento do objeto contratado com o efetivamente licitado, a sua Adjudicação e Homologação, fazendo anexar ao processo de contratação manifestação expressa de advogado não participante do processo licitatório, atestando o atendimento às normas da Lei 8.666/93, à regularidade procedimental, e ao enquadramento da modalidade do processo licitatório;

Além disso, também caberá à contratada receber, analisar e adotar as providências necessárias à respectiva baixa das prestações de contas, parciais e finais, relativas aos contratos de repasse, sendo que, quando da aprovação da prestação de contas final de cada contrato, cessa a responsabilidade da contratada, inclusive quanto à destinação e manutenção do objeto executado. Nos casos de não cumprimento do objeto, parcial ou totalmente, na hipótese de não apresentação, no prazo contratualmente estipulado, da documentação necessária à análise da prestação de contas final ou por determinação dos órgãos de fiscalização, deverá a Caixa instaurar procedimento de Tomada de Contas Especial. Deverá ainda subsidiar a Contratante com a formalização da Tomada de Contas Anual dos programas por ela operados.

1.3 A comprovação de titularidade

Como visto, a Caixa assume o papel de gestor em toda a operacionalização da execução da despesa pública, devendo zelar pela correta aplicação dos recursos e o bom desempenho dos objetivos propostos, sob pena de responder pela sua má aplicação.

O controle financeiro e orçamentário, do ponto de vista objetivo, vem se dilargando extraordinariamente nos últimos anos, aqui e alhures. A Constituição anterior só o entendia explicitamente às autarquias (art. 70, § 5º). Mas o texto atual, acompanhando o constitucionalismo moderno e a doutrina, realça que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, parágrafo único, com redação da Emenda Constitucional 19, de 4.6.98).⁵

Para tanto, a empresa deverá, como já salientado, observar as normas editadas pela contratante e a Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN do Ministério da Fazenda - MF, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução descentralizada de projetos de responsabilidade de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta.

Entre essas disposições há especial preocupação com a comprovação de titularidade da área de intervenção, principalmente, para evitar que os recursos públicos sejam utilizados em prol de particulares não compreendidos no público alvo dos programas ou possam ter sua aplicação prejudicada pelo proprietário do imóvel em razão da ausência de consentimento.

A matrícula do imóvel é o instrumento naturalmente adequado para comprovação da titularidade sobre o bem. Entretanto, os programas desenvolvidos pelo governo têm foco prioritário nas áreas e populações mais carentes, geralmente, ocupantes de espaços territoriais sem regularidade fundiária ou sem a necessária formalização da cadeia dominial. Assim, o interesse público e/ou social justifica a adoção de hipóteses alternativas à comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade a fim de viabilizar que o investimento público atinja esses segmentos.

Em conseqüência, a norma tem sofrido constantes aperfeiçoamentos a fim de possibilitar a atuação do governo nestas áreas e o atendimento da população nelas residentes. Como regra geral, no resguardo da necessária segurança jurídica dos investimentos, adotou-se a imprescindibilidade da garantia de uso pelo prazo mínimo de vinte anos em todas as situações dominiais excepcionalmente admitidas.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.203.

1.3.1 Situações envolvendo o Poder Público

As principais exceções previstas envolvem situações diretamente relacionadas ao poder público, entre elas, a posse de imóvel em área devoluta, ou em área desapropriada, ou em desapropriação pelo Município, Estado ou Distrito Federal. Nesse último caso, quando o processo de desapropriação não estiver concluído, deverá ser apresentado o termo de imissão provisório de posse ou o alvará do juízo ou, caso esses documentos não tenham sido emitidos, a cópia da publicação, na imprensa oficial, do decreto de desapropriação, da matrícula do imóvel correspondente e do acordo extrajudicial firmado com o expropriado.

Também se entende regular para comprovação de titularidade o imóvel que, embora ainda não haja sido devidamente consignado no cartório de registro de imóveis competente, pertence a Estado que se instalou em decorrência da transformação de Território Federal, ou mesmo a qualquer de seus Municípios, por força de mandamento constitucional ou legal.

Outra possibilidade diz respeito aos imóveis recebidos em doação do Estado ou Município, aprovada em lei estadual ou municipal, quando o processo de registro imobiliário estiver em trâmite, ou de pessoa física ou jurídica, neste caso, com promessa formal de doação irrevogável e irretroatável.

Por fim, no que diz respeito a essas situações, previu expressamente a norma a aceitação de investimento em imóvel pertencente a outro ente público que não o proponente, desde que a intervenção esteja autorizada por meio de ato do chefe do poder executivo ou titular do órgão detentor de delegação para tanto e de imóvel tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), desde que haja aquiescência do Instituto.

Nessas hipóteses, logicamente, os riscos de má aplicação dos recursos públicos advindos da titularidade dos bens imóveis são baixos por envolverem bens de entes públicos.

1.3.2 Territórios ocupados por comunidades quilombolas e indígenas

Os povos indígenas formam na atualidade uma das populações mais carentes do nosso país. Tal fato resulta, direta e principalmente, das consequências da invasão dos seus territórios pelo colonizador europeu com a destruição do seu modo tradicional de vida. O reconhecimento histórico, a vontade de resgate social e justiça têm levado o poder público a implementar políticas de proteção e promoção dos povos originários.

A própria Constituição Federal dedicou o capítulo VIII do Título VIII – Da Ordem Social, aos índios, assegurando aos povos indígenas os direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Art. 231, § 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Os descendentes dos povos aprisionados e escravizados para formar a mão-de-obra preponderante no período do Brasil colônia até a abolição da escravatura, também têm tido seu papel na história do país resgatado, sendo priorizados por diversas políticas sociais. O próprio legislador constituinte, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, também reconheceu às comunidades quilombolas o direito de propriedade sobre as terras que as abrigaram em refúgio ao cativo.

Art. 60 ADCT. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Portanto, a existência de hipótese alternativa à comprovação tradicional de titularidade é uma necessidade que se impõe ao gestor para execução dos programas e ações que visem a beneficiar essas populações. Dessa forma, recentemente, acrescentou-se à norma como exceção permissiva a posse em territórios ocupados por comunidades quilombolas ou indígenas, devidamente certificadas por órgão ou entidade competente.

A comprovação de territórios ocupados por comunidades quilombolas deverá ser feita mediante a apresentação da certidão e do título de reconhecimento de domínio, previstos no Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. No caso dos indígenas caberá à Fundação Nacional do Índio (Funai) expedir a documentação.

1.3.3 Hipóteses relacionadas à política habitacional

O déficit habitacional e a política urbana são outras preocupações centrais dos governos. O crescimento desordenado das grandes cidades, a proliferação de favelas e loteamentos irregulares compromete a qualidade de vida e o próprio desenvolvimento só-

cio-econômico de diversas regiões do país. Uma das grandes dificuldades para superação destes problemas sempre foi a insuficiência de recursos para investimentos.

Todavia, mesmo os poucos recursos públicos disponíveis enfrentavam fortes entraves para sua aplicação. Muito embora os primeiros institutos jurídicos em matéria urbanística e ambiental tenham sido introduzidos em nossa legislação em meados da década de 30, a ausência de instrumentos adequados impedia ou dificultava sobremaneira o investimento em áreas sem a devida regularização fundiária e a produção habitacional para os estratos populacionais de baixa renda.

A dimensão do problema e a mobilização social por soluções resultaram em significativo avanço na legislação urbanística e ambiental com a promulgação da Constituição Federal. A partir de então, houve a criação de novos e inovadores institutos jurídicos, com destaque para a lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001, batizada de Estatuto das Cidades.

Em consonância com essa evolução e com fundamento na nova legislação, o regramento passou a aceitar como hipótese de comprovação da titularidade os contratos irretratáveis e irrevogáveis de constituição de direito real sobre o imóvel, na forma de cessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, aforamento ou direito de superfície.

O Estatuto das Cidades também permitiu a criação de Zona Especial de Interesse Social (ZEIS). As ZEIS são áreas públicas ou particulares ocupadas por populações de baixa renda, nas quais o poder público declara seu interesse de promover a urbanização e/ou a regularização jurídica da posse da terra em atenção ao interesse social. Dessa forma, o gestor público poderá produzir moradias, implantar infra-estrutura urbana e equipamentos de uso comunitário e promover programas habitacionais em áreas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e demais áreas ocupadas por comunidades de baixa renda.

A comprovação da condição da área objeto do plano de trabalho enquanto localizada em uma ZEIS será realizada através dos seguintes documentos: cópia da publicação, em periódico da imprensa oficial, da lei estadual, municipal ou distrital federal instituidora da ZEIS; demonstração de que o imóvel beneficiário do investimento encontra-se na ZEIS instituída pela lei; declaração firmada pelo chefe do poder executivo de que os habitantes da ZEIS serão beneficiários de ações visando à regularização fundiária da área habitada para salvaguardar seu direito à moradia.

No mesmo sentido, o regramento permitiu a aplicação de recursos públicos em imóvel objeto de sentença favorável aos ocu-

pantes, transitada em julgado, proferida em ação judicial de usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia, nos termos do art. 183 da Constituição Federal e da lei nº 10.257/01.

Essas transformações facilitaram os investimentos em políticas habitacionais justamente para as populações mais carentes, qualificando os resultados e potencializando os recursos aplicados.

1.3.4 Situações não disciplinadas adequadamente pela norma

Os casos acima analisados, embora possam trazer alguma dificuldade operacional aos entes contratantes, possuem regramento adequado à plena execução dos planos de trabalho contratados. Todavia, existem lacunas na norma que prejudicam a aplicação dos recursos, principalmente em áreas rurais.

Conforme comentado acima, a ocupação irregular de áreas urbanas significou por muito tempo um grande desafio à execução de políticas públicas em face da inadequação do nosso ordenamento jurídico para lidar com essa situação. As inovações legais previram instrumentos adequados principalmente às áreas urbanas, sem contemplar os casos de irregularidade fundiária nas zonas rurais.

Contudo, são comuns e conhecidas as situações de falta de regularidade fundiária nessas áreas, em especial nas ocupadas por populações menos assistidas, justamente as priorizadas pelos programas governamentais. Posse de imóveis em razão de sucessão hereditária, de negócios jurídicos firmados por instrumentos não passíveis de registro no ofício de imobiliário, passíveis de propositura de ação de usucapião sem o devido ajuizamento, dentre outras, são situações muito comuns, principalmente em razão da falta de orientação jurídica e dos elevados custos para regularização. Esses casos têm tornado a execução de alguns programas um desafio aos entes executantes, aos gestores e suas respectivas assessorias jurídicas.

Geralmente, por exemplo, o auxílio às populações rurais atingidas por catástrofes e calamidades naturais, a execução de rede de abastecimento de água com travessia de áreas particulares e a produção de unidades habitacionais rurais isoladas enfrentam esse problema, atrasando ou inviabilizando o investimento público. Muito embora não exista instrumento jurídico assemelhado à ZEIS para beneficiar essas áreas, nada impede a previsão normativa de hipóteses permissivas alternativas que garantam a segurança jurídica para a aplicação, permitam sua fiscalização e evitem a malversação dos recursos públicos.

Um bom exemplo de alternativa a ser adotada se encontra em normativos da Caixa sobre casos assemelhados, os quais permitem

que a comprovação possa ser efetivada mediante declaração do chefe do Poder Executivo de que reconhece nos beneficiários os titulares dos imóveis. A adoção de tal medida, restrita a circunstâncias específicas e excepcionais, poderia inclusive ser acompanhada de um programa de regularização fundiária ou de incentivos a sua promoção pelos municípios ou estados parceiros.

Tais lacunas legais precisam urgentemente ser analisadas pelos gestores competentes, buscando permitir a adoção de regramento adequado à superação dos atuais entraves à execução de programas governamentais, sob o risco de penalizar ainda mais populações carentes, já pouco assistidas pelos serviços públicos.

Conclusão

A contratação da Caixa pela União para operacionalização da execução dos recursos orçamentários assegurou a observância ao princípio da eficiência da administração pública e da economicidade dos serviços. A transferência dessas tarefas para uma estrutura organizacional flexível, com experiência, credibilidade, corpo técnico qualificado e rede com capilaridade no país, permite à União focar suas energias nas questões estratégicas.

Nessa atuação a Caixa assume o papel de gestor público devendo acompanhar, analisar, assessorar e fiscalizar a aplicação dos recursos, cumprindo as normas firmadas com o contratante e a legislação pertinente. Questão essencial nessa atividade diz respeito à comprovação da titularidade da área em que haverá a intervenção prevista no plano de trabalho aprovado, visando a evitar prejuízos ou malversação do investimento público.

A abrangência dos programas governamentais, a diversidade do público alvo e, principalmente, as inúmeras situações dominiais encontradas nessas áreas tornam imprescindível a existência de regramento com previsões alternativas de comprovação da titularidade sem perda da segurança jurídica, sob pena de inviabilizar investimentos prioritários e comprometer projetos estratégicos.

O aprimoramento dos nossos institutos jurídicos criou instrumentos que permitem ao gestor atuar em benefício de populações historicamente marginalizadas, como os quilombolas e os indígenas, e os ocupantes de áreas sem regularidade fundiária. Outro bom exemplo foi o advento do Estatuto das Cidades, que municiou o poder público das ferramentas jurídicas adequadas para produção habitacional e execução de programa de regularização fundiária em loteamentos irregulares, favelas e demais áreas urbanas ocupadas principalmente pela população de baixa renda.

Todavia, ainda existem lacunas legais que dificultam em muito a atuação dos governos e da Caixa na qualidade de gestora operacional dos programas. Os casos sem regramento legal adequado ocorrem principalmente nas zonas rurais em razão da falta de regularidade fundiária decorrente basicamente da falta de orientação jurídica e/ou dos elevados custos de regularização.

Esse fato tem impedido, atrasado ou dificultado ações prioritárias como o saneamento rural e o socorro às vítimas de enchentes e outras calamidades. Frente a esse problema a Caixa também exerce um papel central ao interagir com os órgãos reguladores, relatar as dificuldades e propor soluções que assegurem a continuidade e produtividade dos programas públicos sem comprometimento da segurança jurídica. Diante disso, espera-se a adoção das medidas adequadas ao regramento dessas situações pelos gestores competentes, superando os atuais entraves à execução de programas governamentais em benefício do interesse público e, em especial, das populações mais carentes do nosso país.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 out. 2008.

_____. **Instrução Normativa nº 01**, de 18 de janeiro de 2007. Secretaria do Tesouro Nacional. Brasília, 2007. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/leg_estados.asp>. Acesso em: 06 out. 2008.

_____. **Lei dos Registros Públicos** – Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 out. 2008.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 18.ed. atual. até 31 de maio de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Regina Helena. **O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos de política urbana**. Disponível em: <www.irib.org.br/birib/birib293d.asp>. Acesso em 01 out. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____, Maria Sylvia Zanella de. **Parcerias na administração Pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO JR, Jose Teixeira; COSTA REIS, Heraldo da. **A Lei 4.320 comentada**. Rio de Janeiro: IBAM, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WILGES, Ilmo José. **Noções de direito financeiro: o orçamento público**. Porto Alegre: Sagra DCLuzzato, 2000.

Depósito judicial na Justiça Federal: taxa SELIC, juros e correção monetária na evolução legislativa e jurisprudencial

Éder Maurício Pezzi López

*Advogado da Caixa no Rio de Janeiro
Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade abordar a evolução legislativa e jurisprudencial aplicável aos depósitos judiciais realizados na Justiça Federal, enfatizando questões relativas à taxa SELIC, juros e correção monetária.

Palavras-chave: Depósito judicial. Taxa Selic. Juros. Correção monetária.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to study the evolution of the Brazilian legislation and the Superior Courts decisions concerning judicial deposits made inside the Federal Justice, emphasizing issues relates to the SELIC tax, interests and inflation adjustment.

Keywords: Judicial deposit. Selic tax. Interests. Inflation adjustment.

Introdução

Ao longo da história, especialmente a partir do final do século XIX, o mundo ocidental tem passado por períodos pontuais de instabilidade monetária, que geralmente produzem picos de inflação e a perda de valor aquisitivo da moeda. Foi assim na Alemanha da década de 20, na Iugoslávia do pós-guerra dos Bálcãs e na crise mexicana de 1994. Contudo, certamente o Brasil do final dos anos 80 e início dos 90 foi o grande campeão na elaboração de normas, planos econômicos e microsistemas de correção monetária que, muitas vezes de forma casuística, criaram uma enormidade de indexadores diferentes, com formas de apuração totalmente diversas, não obstante o fator “inflação” fosse único.

Prova disso é que, para atualizar qualquer valor, no mais das vezes, é necessário aplicar ao longo do tempo uma verdadeira colcha de retalhos de índices de correção monetária, tais como IPC, BTN, OTN, UFIR, INPC, IGPM, etc. Toda essa complexidade, aliada a diversas legislações que, por vezes, causaram graves distorções (vide os malsinados planos da era Sarney-Collor), foi parar no Judiciário, que se vê há quase duas décadas tendo de julgar diariamente controvérsias atinentes a índices de correção monetária.

Obviamente, por estar inserida nesse contexto, a correção monetária dos valores depositados judicialmente na Justiça Federal não passou incólume a esse fenômeno, sendo igualmente objeto de muitas demandas judiciais, nas quais se pleiteia a incidência de determinados indexadores de correção monetária, taxa SELIC, juros e/ou expurgos inflacionários. Sem pretensão de esgotar o tema, o presente estudo tem por finalidade analisar de forma objetiva as mudanças legislativas havidas, buscando indicar, desde 1969 até hoje, qual a forma legal de aplicação da correção monetária, com ênfase nas discussões atinentes à aplicação de juros, expurgos inflacionários, TR e taxa SELIC aos depósitos judiciais.

Considerando o restrito objeto do presente estudo, não se buscará fazer uma análise da adequação ou não dos indexadores previstos na lei e na Jurisprudência diante da economia nacional; o foco do estudo será concentrado no panorama normativo e jurisprudencial a respeito dos temas mais controvertidos. Igualmente, não se abordará de forma pormenorizada a origem e a evolução histórica dos depósitos judiciais na Justiça Federal, sugerindo-se ao leitor o belíssimo texto publicado por Morone a respeito do tema.¹

1 Evolução legislativa atinente à correção e juros remuneratórios incidentes sobre os depósitos judiciais realizados na Justiça Federal

Desde 1969, pode-se dizer que a sistemática dos depósitos judiciais perpassou por quatro fases distintas, cada uma com regras próprias quanto à forma de correção monetária e à possibilidade de incidência de juros. Para melhor colocar o tema, far-se-á a análise de cada uma delas em tópico próprio.

¹ MORONE, José Oswaldo Fernandes Caldas. Os depósitos judiciais. **Revista de Direito da Advocef**. n.º 6, Londrina, ADVOCEF, maio de 2008, p.227-57.

1.1 Primeira fase – de 1969 até 31/12/1995: atualização pelos índices aplicáveis aos débitos tributários

A primeira fase a ser analisada no presente estudo tem início com o Decreto-lei 759, de 12/08/69, o qual criou a modalidade de depósitos judiciais vinculados à Caixa Econômica Federal, em seu art. 16. No mesmo sentido, o Decreto-lei 1.737/79 dispôs que seriam obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em ORTN, todos os depósitos atinentes a feitos de competência da Justiça Federal, além daqueles que fossem vinculados a execução fiscal proposta pela Fazenda, a garantia prestada em sede de ação anulatória ou declaratória de nulidade de débito ou a garantia de licitação ou contrato relacionado com pessoa pública federal (art. 1º).

Relativamente à forma de correção de tais depósitos, o referido Decreto-lei 1.737/79 previa que a correção monetária dar-se-ia com base nos mesmos índices aplicáveis aos tributos federais, assim dispondo:

Art 7º - Mediante ordem do Juízo ou da autoridade administrativa competente, o depósito:

I - em dinheiro, será devolvido ao depositante ou transferido à conta da receita da União no Banco do Brasil S.A., monetariamente atualizado;

II - em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, será devolvido ao depositante ou entregue ao órgão competente.

Parágrafo único. A atualização monetária, de que trata o inciso I, correrá à conta da Caixa Econômica Federal e será feita da data em que houver sido efetuado o depósito até a data da sua efetiva devolução ou transferência, segundo os índices de correção monetária estabelecidos para os débitos tributários.

Além disso, no art. 3º do referido decreto-lei constou expressamente que não haveria a incidência de quaisquer juros remuneratórios sobre as contas,² norma que se mantém até hoje em vigor, vez que a legislação posterior alterou tão somente a forma de correção monetária dos depósitos.

1.2 Segunda fase – de 01/01/1996 a 04/07/1996: lacuna legislativa quanto ao índice de correção monetária

Com o advento do art. 30 da Lei 9.249, de 26/12/1995, elidiu-se a possibilidade de incidência de índices próprios de correção

² Art 3º - Os depósitos em dinheiro de que trata este Decreto-lei não vencerão juros.

monetária para os débitos tributários federais, passando eles a serem corrigidos tão somente com a incidência da taxa SELIC, a partir de 01/01/1996 (L. 9250/95, art. 39, § 4º). A respeito disso, é de se ver que a 1ª. Seção do STJ já assentou a legalidade de tal norma, declarando-a aplicável tanto para a correção de valores a serem compensados ou restituídos como para débitos dos contribuintes em atraso.³

Dessa forma, surge a dúvida de qual índice de correção seria aplicável no período de 01/01/1996 até 04/07/1996, véspera da vigência da Lei 9.289/96, vez que ausente norma prevendo índice de pura atualização monetária para os débitos tributários federais. Veja-se que a SELIC, determinada pela nova lei, representa a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia para títulos federais, havendo em sua composição a clara incidência de juros, fato amplamente reconhecido pelo próprio STJ em inúmeros julgados,⁴ o que impediria a sua aplicação em razão do disposto no referido art. 3º do Decreto-lei 1.737/79.

Nesse contexto, a despeito da lacuna legislativa, pode-se colmatá-la aplicando a UFIR, que é o indexador de atualização monetária comumente aplicado para os débitos judiciais em geral na justiça federal, o qual é previsto pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal através da Resolução nº 561, de 02 de julho de 2007. Tal solução, em que pese não se ter encontrado um grande número de referências, tem sido adotada por alguns Tribunais Regionais Federais, como se vê em julgado do TRF da 1ª Região.⁵

1.3 Terceira fase - de 05/07/1996 até hoje, com as ressalvas da 4ª fase: atualização pelos índices aplicáveis para a atualização das cadernetas de poupança, sem juros remuneratórios

Com o advento da Lei 9.289, publicada em 05/07/1996, foi modificada a forma de correção monetária dos depósitos judiciais

³ Dentre diversos julgados, AGRESP 671494D RS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 28/03/2005 e REsp 547283D MG, 2ª Turma, Min. João Otávio Noronha, DJ de 01/02/2005.

⁴ Como exemplo: REsp 254278/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Primeira Seção, julgado em 11/02/2004, DJ 04/10/2004, p.200.

⁵ "Os depósitos judiciais, na sistemática do Decreto-lei 1.737/79, deveriam ser corrigidos pela UFIR (Lei 8.383/91) e não rendiam juros, até a entrada em vigor da Lei nº 9.289/96, quando passaram a ser remunerados de acordo com os índices de correção monetária da caderneta de poupança. 3. Impossibilidade de atualização dos depósitos judiciais, no sistema do Decreto-Lei 1.737/79, pela taxa SELIC, que engloba juros e correção monetária." (Ação Rescisória 2004.01.00.047381-6/MG; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Terceira Seção, 18/05/2007, DJ p.5, Data da Decisão: 17/04/2007).

efetuados na Caixa Econômica Federal, passando eles a ser atualizados desde essa data pelos índices relativos à remuneração básica da poupança, com incidência nos mesmos prazos. Em outras palavras, passou-se a adotar a mesma sistemática de atualização das contas de poupança (crédito mensal da remuneração básica na data do “aniversário”), mas sem a incidência dos juros de 0,5% a. m. aplicáveis a esse tipo de investimento.

Tal imposição é decorrência direta do disposto no art. 11, § 1º da referida lei, o qual assentou que “os depósitos efetuados em dinheiro observarão as mesmas regras das cadernetas de poupança, no que se refere à remuneração básica e ao prazo”. A respeito disso, é de se ver que a TR é o índice de correção monetária que vem sendo aplicado às contas de poupança desde 1991, nos termos dos art. 12 da Lei 8.177/91 e do art. 7º da Lei 8.660/93.⁶

1.4 Quarta fase - a partir de 01/12/1998 até hoje: modificação na forma de depósito de valores tributários administrados pela srf e pelo inss, mantendo-se para o restante a sistemática anterior

A lei 9.703, de 17/11/1998, modificou substancialmente a forma como deveriam ser realizados os depósitos referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, bem como aqueles administrados pelo INSS.⁷ Refira-se, contudo, que a expressa menção aos créditos tributários administrados pelo INSS hoje não mais tem sentido, ante a vigência da Lei 11.457, de 16/03/2007, a qual criou a chamada Super Receita, unificando a administração de tais créditos junto à SRF.

Assim, a citada Lei 9.703/98 determinou que os depósitos que tivessem como objeto valores administrados pelas autoridades referidas fossem efetivados exclusivamente por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), e não mais por meio de abertura de conta judicial custodiada pela Caixa Econômica Federal. Observe-se, entretanto, que, desde a IN-SRF nº 421, 10/05/2004, o recolhimento é efetuado mediante DJE, documento próprio para depósitos judiciais e extrajudiciais, e não mais por DARF, não obstante a redação da referida lei e do Decreto nº 2.850/98, que a regulamenta.

⁶ Art. 7º Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

⁷ Art. 2º Observada a legislação própria, o disposto nesta Lei aplica-se aos depósitos judiciais e extrajudiciais referentes às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Nessa sistemática, a lei impôs que tais valores, quando da sua devolução, fossem corrigidos pela taxa SELIC, que, como visto, é o índice utilizado para a atualização dos valores relativos a débitos tributários. Em verdade, essa lei veio corrigir uma distorção que havia entre os indexadores de correção monetária dos débitos judiciais e os utilizados pela fazenda para atualização de seus débitos (SELIC), de modo a manter-se a isonomia e a não prejudicar o contribuinte.

Ressalte-se, por oportuno, que esse depósito, apesar de ser efetuado em uma agência bancária da Caixa Econômica Federal, não fica nela depositado, razão pela qual a obrigação do pagamento de eventuais juros da taxa SELIC é exclusivamente da Fazenda Nacional, que é a efetiva depositária do numerário. A Caixa Econômica Federal atua, nesse caso, como mera arrecadadora e repassadora dos valores, cabendo-lhe, quando da devolução, proceder ao débito da conta única do Tesouro Nacional. A respeito disso, vejamos os termos da aduzida lei 9.703/98:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

[...]

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos. (grifos nossos).

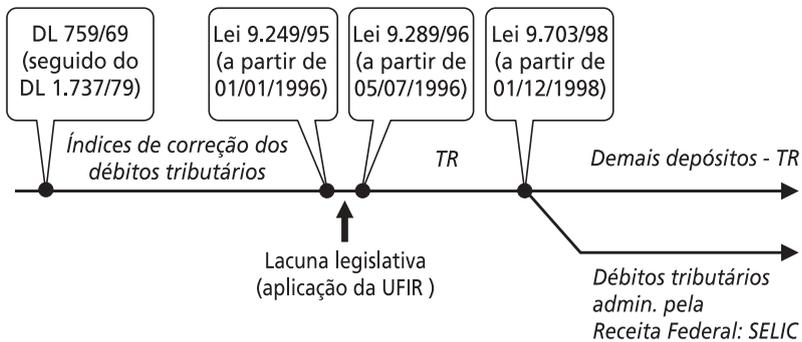
Diferente, contudo, é o caso dos demais depósitos não abrangidos pela lei, os quais seguem sendo efetuados mediante a abertura de conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, remunerados exclusivamente pela TR. Neste caso, em sendo essa empresa pública a depositária dos valores, aplica-se a sistemática anteriormente vigente.

Relevante salientar que a lei em questão expressamente consignou que a nova sistemática seria aplicável tão somente aos de-

pósitos realizados a partir de 01/12/1998.⁸ Para todos os depósitos realizados anteriormente a essa data, os quais constavam de contas judiciais abertas junto à Caixa Econômica Federal, ficavam vigentes os termos da legislação anterior, ou seja, aplicação exclusivamente de correção monetária pela TR, sem incidência da taxa SELIC nem de juros remuneratórios.

1.5 Linha do tempo e os depósitos judiciais

Para melhor compreender a questão em exame, faz-se oportuno traçar uma linha do tempo, de modo a demonstrar quais os índices de correção aplicáveis para cada período, podendo-se visualizar, igualmente, a cisão operada pela Lei 9.703/98, a qual determinou uma forma específica para a correção dos depósitos tributários efetuados mediante DARF:



2 Principais questões controvertidas na Jurisprudência

De modo a demonstrar o entendimento Jurisprudencial a respeito da evolução normativa descrita, indicam-se, por tópicos, os principais pontos que têm sido comumente objeto de controvérsia.

2.1 Quanto ao descabimento de juros remuneratórios sobre os valores depositados judicialmente na Caixa Econômica Federal

Desde muito se tem questionado a respeito da incidência de juros remuneratórios sobre os depósitos judiciais efetuados junto à Caixa Econômica Federal. A respeito disso, é de se ver que nenhuma

⁸ Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998.

das leis que regem a questão impôs a incidência de tais juros, não havendo qualquer hipótese que dê guarida a essa possibilidade.

Nesse sentido, a Jurisprudência é unânime em asseverar a incidência tão somente de correção monetária, de modo a preservar o valor econômico dos depósitos, como se pode ver do enunciado nº 257 da Súmula do extinto TFR, que reza que “não rendem juros os depósitos judiciais na Caixa Econômica Federal a que se referem o Decreto-Lei 759, de 12.08.69, Art. 16, e o Decreto-Lei 1.737, de 20.12.79, Art. 3º”.

No mesmo sentido, a Jurisprudência dominante no E. STJ já se pacificou em termos semelhantes: ⁹

1. O depósito do montante integral, previsto no art. 151, II, do CTN como causa de suspensão da exigibilidade do tributo, não possui natureza especulativa, devendo ser afastada a incidência de juros de qualquer natureza, sobretudo os remuneratórios, sob pena de converter-se o depósito em investimento financeiro.

2. Ao montante depositado judicialmente deverá ser acrescido, apenas, o valor relativo à correção monetária, para se evitar a corrosão da moeda por força da espiral inflacionária, a teor do que preceituam o art. 3º do Decreto-Lei n.º 1.737/79 e o art. 32 da Lei n.º 6.830/80.

Assim, verifica-se que a única hipótese em que seriam devidos eventuais juros remuneratórios seria aquela em que o depósito de natureza tributária dá-se por meio de DARF, com os valores sendo diretamente remetidos para a conta do Tesouro. Neste caso, como já salientado, o depositário é o Tesouro Nacional, sendo ele o exclusivamente obrigado pelo pagamento de juros componentes da taxa SELIC.

2.2 Quanto à incidência da taxa SELIC para os depósitos efetuados anteriormente a 01/12/1998

Tem sido objeto de um considerável volume de demandas judiciais a pretensão de contribuintes que, tendo efetuado depósito judicial junto à Caixa Econômica Federal em data anterior a 01/12/1998, pleiteiam que os valores sejam corrigidos pela taxa SELIC desde a sua criação, ou, eventualmente, desde 01/12/1998.

Como já exposto, a Lei 9.703/98 trouxe regra clara a respeito de sua eficácia, dispondo expressamente que a sistemática de recolhimento por meio de DARF, com incidência da taxa SELIC, só seria

⁹ RMS 17976/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 14/02/2005, p.145.

aplicável aos depósitos efetuados a partir de 01/12/1998. Para os já efetuados, ainda que viessem a ser levantados após tal data, seriam aplicáveis as normas da legislação anterior, que previam apenas a correção monetária pelos índices aplicáveis aos débitos tributários ou, posteriormente, pela TR.

Tal situação foi já assentada no E. STJ,¹⁰ tendo-se decidido que a incidência da taxa SELIC se daria apenas para os depósitos efetuados após 01/12/1998, sendo incabível para os depósitos anteriores a essa lei, ainda que levantados em data posterior, como se vê no seguinte aresto: ¹¹

I - Os valores depositados antes de 01/12/1998 ficaram à disposição da instituição bancária, que seguia os critérios da caderneta de poupança para atualizá-los, conforme dispõem o Decreto-Lei nº 1.723/79 e a Lei nº 9.289/96.

II - Os depósitos posteriores a esse marco passam imediatamente à Conta Única do Tesouro Nacional, ficando à disponibilidade da União. Sabendo-se que esta cobra seus créditos empregando a taxa SELIC, a consequência lógica é a de que os depósitos efetuados - não remanescentes, saliente-se - a partir dessa data também sejam atualizados por referida taxa. Aliás, esse é o teor do art. 4º, da Lei nº 9.703/98. Precedente: EDcl no RMS nº 17.976/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 26/09/2005.

III - In casu, os valores foram depositados entre setembro de 1996 e abril de 1998, devendo, portanto, ser atualizados conforme critérios da caderneta de poupança, eis que não há amparo legal para a incidência da SELIC, ainda que se considere a permanência do depósito posteriormente a esse período.

2.3 Quanto à tese do direito adquirido a indexador de correção monetária

Pode-se vislumbrar em alguns processos a tese segundo a qual as normas atinentes à correção monetária vigentes na data do depósito valeriam para todo o período posterior, até o levantamento. A tese, comumente suscitada por depositantes, é fundada na alegação de que haveria direito adquirido aos índices de correção monetária relativos aos tributos federais, os quais não poderiam ser alterados posteriormente para os índices de correção da poupança, por ofensa ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CR/88.

¹⁰ REsp 795385/PR 1ª Turma, Min. José Delgado DJ de 13/02/2007.

¹¹ REsp 769766/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19/12/2005.

Quanto a isso, é de se ver que o STF já sedimentou desde muito o entendimento de que não há direito adquirido a determinado índice de correção monetária, sendo constitucionais leis posteriores que o modifiquem,¹² posicionamento que igualmente é adotado no STJ.¹³ Não obstante essa Jurisprudência tenha-se assentado com base em casos de índice de atualização de débito tributário, ela vale igualmente para o caso dos depósitos judiciais, não havendo razão para desconsiderá-la.

2.4 Quanto à responsabilidade pela escolha da modalidade de depósito a ser efetuada após 01/12/1998

Como já referido, a Lei 9.703/98 criou nova modalidade de depósito judicial. Assim, passaram a existir, desde 01/12/1998, duas modalidades: o depósito por meio de DARF, para os valores de origem tributária, administrados pela Fazenda Nacional, e o depósito por meio de conta judicial, custodiada pela Caixa Econômica Federal, para os demais casos.

Ocorre que, por vezes, o contribuinte litigante deixa de efetuar o depósito tributário por meio de DARF, efetuando abertura de conta judicial e nela depositando os valores, constatando tal equívoco apenas no momento de seu levantamento. Considerando o tempo de duração dos processos e a discrepância entre os índices da TR e da taxa SELIC, o valor a ser levantado no mais das vezes é inferior àquele que esperava o contribuinte levantar. Ante essa situação, tem sido comum as partes pleitearem nos próprios autos¹⁴ intimação para que a Caixa Econômica Federal, depositária dos valores, efetue o depósito da diferença de remuneração relativa à ausência de aplicação da taxa SELIC, ao argumento de que o equívoco decorreu de ausência de informação por parte da agência bancária.

Em que pese o número de casos em trâmite nas instâncias ordinárias ser considerável, a questão foi apenas objeto de poucos julgados no STJ, tendo essa Corte, ao menos inicialmente, imputado

¹² RE 149944/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 14/11/2000, Primeira Turma; REsp 207.974/RS, RE-Agr 445270/ SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 07/03/2006, Segunda Turma; RE-Agr 200844/PR Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 25/06/2002, Segunda Turma.

¹³ Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Primeira Turma, julgado em 16/12/1999, DJ 28/02/2000, p.51.

¹⁴ A respeito dessa hipótese, o STJ já consolidou o entendimento de que não é necessário o ajuizamento de ação própria, podendo-se discutir a questão no próprio onde o depósito foi efetuado, consoante enunciado 271 de sua Súmula de Jurisprudência: "A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário." (DJ 21/08/2002).

a responsabilidade à Caixa Econômica Federal. Em acórdão da 2ª Turma,¹⁵ foi expressamente consignado que “o fato de ter havido desencontros entre a gerência do banco depositário e o depositante, levando ao preenchimento de guia de depósito inespecífica para a operação, é matéria que refoge do âmbito jurídico, não podendo ser alegada como forma de eximir a instituição financeira de suas responsabilidades legais”. Mais recentemente, a questão voltou a ser julgada pela 2ª Turma, que, por maioria, reiterou o entendimento anterior, vencido o Min. Herman Benjamin,¹⁶ não se tendo ainda publicado o inteiro teor da decisão.

Não obstante o bem posto entendimento da 2ª. Turma da Corte Superior nos julgados referidos, é de se ver que ele desborda do posicionamento assente a respeito de ser o contribuinte o responsável pelo preenchimento de guias de depósito ou recolhimento. A esse respeito, há vários julgados declarando, por exemplo, a deserção de recursos por conta de preenchimento incompleto de guia de recolhimento de preparo recursal.¹⁷

Além disso, há inúmeros julgados dos Tribunais Regionais Federais isentando a Fazenda de pagar ônus sucumbenciais a contribuintes que, não obstante tivessem recolhido o tributo tempestivamente, o fizeram com código equivocado no DARF, ensejando o ajuizamento de execução fiscal.¹⁸ Tanto nesses casos quanto nos de recolhimento de custas jamais foi questionada eventual responsabilidade da instituição financeira, enquanto recebedora dos pagamentos, pelo correto preenchimento de guias de depósito ou recolhimento.

Em tese, não haveria razão para mudar tal entendimento quando se tratasse de depósito judicial, uma vez que a agência bancária sequer tem conhecimento do tipo de ação em que se realiza o depósito. Além disso, a natureza do valor a ser depositado pode depender da qualificação que lhe der o Autor de eventual demanda, sendo ele o destinatário da norma que prevê as modalidades próprias para cada tipo de depósito.

¹⁵ AgRg no Ag 492886/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 28/02/2005, p.276.

¹⁶ RMS 19800/AM, julgado em 15/04/2008, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Informativo 352 do STJ.

¹⁷ AgRg no Ag 683.527/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 06/09/2005, DJ 26/09/2005, p.224; AgRg no Ag 856.708/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 27/05/2008, DJ 30/06/2008, p.1.

¹⁸ TRF 1ª. Região, AC - APELAÇÃO CÍVEL – 200238000019364/MG, Oitava Turma, Data da decisão: 28/9/2007, Rel. MARIA DO CARMO CARDOSO; TRF 2ª. Região, AC - APELAÇÃO CÍVEL – 199751010681136/RJ, Terceira Turma ESP., Data da decisão: 28/11/2006 Rel. PAULO BARATA.

Enfim, o fato é que, s. m. j., não há posicionamento da 1ª Turma do STJ a respeito do tema, impondo-se aguardar para ver como se consolidará a questão na Corte Superior.

2.5 Expurgos inflacionários em depósito judicial

Em relação à incidência dos denominados “expurgos inflacionários”, a Jurisprudência consolidada é no sentido de ser devida a sua aplicação aos depósitos de poupança, nos percentuais já assentados pelo STJ, desde o plano “Bresser” ao chamado plano “Collor II”. Contudo, é de se ver que, não obstante para a poupança a correção pelos índices dos expurgos tenha sido a regra (em particular utilizando-se o IPC), o E. STF já consolidou seu entendimento no sentido de não serem eles aplicáveis aos depósitos que ficaram retidos por força do plano Collor (março de 1990), conforme expressa o enunciado 725 da Corte.¹⁹

Quanto aos depósitos judiciais, como já referido, é de se ver que a sua atualização deve seguir os mesmos índices aplicáveis aos débitos tributários (art. 7º, § único, do Decreto-lei 1.737/79) no período que compreende os planos econômicos que geraram os expurgos. Nesse particular, verifica-se que, s. m. j., não se encontram na Jurisprudência decisões que tenham determinado a aplicação dos expurgos inflacionários para a atualização de débitos tributários, e tampouco o já citado Manual de Cálculos do CJF prevê a sua incidência para esse tipo de débito, determinando tão somente a aplicação da OTN e do BTN, sem qualquer aplicação do IPC.²⁰

Contudo, a tendência da Corte Especial tem sido a de adotar para os depósitos judiciais sistemática semelhante à aplicada para as contas de poupança, determinando a aplicação dos expurgos inflacionários na correção monetária dos valores.²¹ Vê-se, aqui, uma mitigação ao disposto no referido Decreto-lei 1.737/79, uma vez que a correção não mais se faria pelos índices dos débitos tributários, mas pelos índices do IPC nos períodos dos expurgos.

¹⁹ STF Súmula nº 725: É constitucional o § 2º do art. 6º da L. 8.024/90, resultante da conversão da MPr 168/90, que fixou o BTN fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I.

²⁰ Ressalte-se, contudo, que o STJ já assentou que, no caso de repetição de indébito tributário, devem ser incluídos os expurgos inflacionários, aplicando-se não a tabela de correção de débitos tributários, mas a tabela única do referido Manual de Cálculos do CJF, a qual contempla tais expurgos (REsp 912359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2007, DJ 03/12/2007, p.256

²¹ REsp 146.833/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 21/03/2005, p.300, **Informativo do STJ nº 339**.

2.6 Preclusão e prescrição da pretensão de pleitear diferenças de correção monetária em depósito judicial

Desde a publicação do enunciado 271 da Súmula do STJ, em 21/08/2002, pacificou-se nessa Corte a desnecessidade de ação autônoma para reclamar por eventuais diferenças de correção monetária relativas a depósitos judiciais. Esse tipo de pleito, dessa forma, deixou de ser encarado como uma mera pretensão de direito civil, a ser deduzida diretamente contra a instituição bancária, para se configurar como uma verdadeira impugnação endoprocessual, a ser sanada no bojo dos próprios autos em que o levantamento foi efetuado, e do qual, em geral, a Instituição Financeira não foi parte.

Dessa forma, com base nessa orientação, passou-se a encarar o ato de impugnar eventuais diferenças de valores como verdadeira faculdade de cunho processual, à semelhança de atos como a contestação, a impugnação ao valor da causa e tantas outras que permeiam o processo civil. Por essa razão, em sendo uma espécie de 'direito processual', estaria sujeito à preclusão, fosse ela temporal, lógica ou consumativa.

A respeito dessa abordagem, oportuno se faz analisar o que escreve Marinoni a respeito da preclusão, à luz da doutrina de Chiovenda:

Efetivamente, como se observa nesta definição [a de Chiovenda], a preclusão consiste – fazendo-se um paralelo com figuras do direito material, como a prescrição e a decadência – na perda de “direitos processuais”, que pode decorrer de várias causas. Assim como acontece com o direito material, também no processo a relação jurídica estabelecida entre os sujeitos processuais pode levar à extinção do direitos processuais, o que acontece, diga-se, tão freqüentemente quanto em relações jurídicas de direito material. A preclusão é o resultado dessa extinção, e é precisamente o elemento (aliado à ordem legal dos atos, estabelecida na lei) responsável pelo avanço da tramitação processual.²²

Dessa forma, verificado que o beneficiário de valores não deduziu em prazo razoável sua pretensão de impugnar os valores levantados (preclusão temporal), ou formulou pedidos contraditórios a tal pleito (preclusão lógica), ou mesmo impugnou apenas parcialmente a diferença que entendesse devida (preclusão consumativa), haveria a incidência de preclusão, pelos fundamentos já expostos. Esse posicionamento tem começado a ser vislum-

²² **Processo de conhecimento**, 7.ed., São Paulo: RT, 2008, p.639.

brado em alguns julgados do STJ, como se vê, por todos, no seguinte aresto:

1. Processo extinto de há muito e pretensão da parte em discutir o indexador aplicável às diferenças do depósito levantado.

2. Mercê da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, vale dizer: o levantamento e a manifestação que deixaram in albis o tema (artigo 503, parágrafo único, do CPC), releva considerar que a parte pretende transformar a irresignação numa “super ação rescisória” de duvidoso acolhimento.

3. Impõe-se destacar que o deferimento do levantamento do depósito se deu em 04.05.1992 e o alvará de levantamento foi expedido em 22.05.92, dirigido à Caixa Econômica Federal, no qual constava valor específico a ser entregue ao advogado da parte, não havendo nos autos notícia que a ora recorrente tenha se insurgido contra o quantum devido, o que só viera a ocorrer em janeiro de 2002.

4. Destarte, configurada a preclusão da matéria impugnada no âmbito do processo findo, em razão da inércia da recorrente em impugnar os valores do depósito judicial levantados, não obstante a prática de outros atos processuais posteriores ao levantamento, revela-se incabível qualquer irresignação.²³

Por outro lado, independentemente da incidência de preclusão no caso de impugnação de valores de depósitos judiciais levantados, o fato é que poderá haver prescrição, a qual terá o condão de extinguir a pretensão de obter eventuais diferenças de correção monetária. Para tanto, conta-se como prazo inicial a data do levantamento, ou seja, o momento em que a parte teve a efetiva disponibilidade do numerário, nascendo ali a referida pretensão, que se extinguirá no prazo de 3 anos, dado que a sua natureza é de responsabilidade civil (art. 206, § 3º, V, do CCB/02).

2.7 Diferenças de correção monetária e liquidação de sentença em depósitos judiciais

Considerando-se a sistemática própria dos depósitos judiciais, bem como sua natureza jurídica, a liquidação de eventual decisão que defira a aplicação de índices de correção monetária diverso dos legalmente previstos não pode ser efetuada à semelhança de

²³ AgRg no REsp 662452/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 13/06/2005 p.184. No mesmo sentido, REsp 809.891/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008, Dje 26/05/2008.

eventuais depósitos em caderneta de poupança ou em contas de FGTS. Isso porque, em se tratando de atualização de depósito judicial, descabe perquirir se, entre o momento do depósito e o momento do levantamento, foram ou não aplicados devidamente, em cada mês, os índices corretos.

O que se deve verificar é se, tomado o valor inicialmente depositado, e aplicados os índices determinados pela sentença e pela legislação atinente, o valor final levantado foi ou não suficiente para alcançar o valor apurado. Veja-se que o depósito judicial, quando efetuado, importa na efetiva transferência dos valores da disponibilidade da parte depositante para o Juízo, que, por intermédio da instituição financeira, custodia o montante. Ao final do processo, no caso de haver direito ao levantamento, os valores são, nesse momento, devolvidos à parte, que deles novamente se apropria.

Assim, durante o período em que os valores estão depositados, nem a parte que os depositou, nem sua *ex adversa*, e nem mesmo a Instituição Financeira tem disponibilidade sobre os valores, que só podem ser levantados por ordem do Juízo. À Instituição Financeira cabe, contudo, aplicar os corretos índices de atualização monetária, de modo a preservar o montante depositado dos efeitos corrosivos na inflação, na forma legalmente prevista.

Por tais razões, o que se deve analisar quando se vai aferir se um determinado depósito foi corrigido de forma correta é, primordialmente, o valor depositado e o valor levantado, em suas respectivas datas. Em outras palavras, deve-se tomar o valor inicial, aplicar-se os índices de correção monetária deferidos na lei e no título executivo, e ver se há divergência com o valor final efetivamente levantado. Por esse motivo, é dispicienda a análise da evolução de atualização dos valores depositados, bastando verificar se, no momento do levantamento, o montante perfazia o total adequado aos índices corretos. Se o valor levantado for inferior ao valor calculado, caberá à Instituição Financeira responder pelas diferenças, na forma do que dispuser o título executivo.

Conclusão

Considerando o exposto, podem-se sintetizar as seguintes conclusões:

a) A correção monetária dos depósitos judiciais é efetuada pela seguinte sistemática: de 1969 a 31/12/1995, correção pelos índices aplicáveis aos débitos tributários; de 01/01/1996 até 04/07/1996, aplicação integrativa da UFIR; de 05/07/1996 até hoje, para os débitos não tributários, aplica-se a TR; a partir de 01/12/1998, aplica-

se a taxa SELIC exclusivamente para os depósitos de valores administrados pela Receita Federal ou pelo INSS, efetuados mediante DARF ou DJE;

b) A Jurisprudência do STJ e do STF encontra-se consolidada no sentido de:

- não serem devidos juros nos depósitos efetuados mediante abertura de conta judicial na Caixa Econômica Federal;

- a incidência da taxa SELIC ser aplicável apenas aos depósitos tributários posteriores a 01/12/1998, efetuados mediante DARF; (3) não haver direito adquirido a índice de correção monetária, sendo constitucionais as leis que o alterarem;

c) Embora em poucos julgados, a 2ª Turma do STJ tem-se posicionado pela responsabilização da instituição financeira no tocante à correta modalidade de depósito judicial a ser efetuado, não se tendo ainda consolidado a questão de forma assente na Corte Superior;

d) A tendência no STJ tem sido a de adotar para os depósitos judiciais sistemática semelhante à aplicada para as contas de poupança, determinando a aplicação dos expurgos inflacionários na correção monetária dos valores custodiados pela Instituição Financeira;

e) Há no STJ entendimento incipiente no sentido de que a impugnação a valores levantados de depósito judicial se sujeita à preclusão, não podendo a parte pleitear diferenças no mesmo processo após a sua ocorrência. De qualquer forma, a pretensão a diferenças de correção monetária está sujeita à prescrição, que se iniciar no momento da efetiva disponibilidade dos valores (levantamento), sujeitando-se ao prazo de 3 anos previsto no art. 206, § 3º, V, do CCB/02.

f) Para a liquidação de valores relativos a diferenças de correção monetária em depósito judicial, deve-se tomar o valor inicial do depósito e aplicar os índices legais e judiciais cabíveis, cotejando o resultado com o valor efetivamente levantado, sendo dispensável a análise da evolução mensal dos valores efetivamente aplicados, uma vez que nesse período os valores encontram-se sob a disponibilidade do Juízo, e não da parte.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública

Flávio Queiroz Rodrigues

*Advogado da Caixa no Distrito Federal
Pós-graduando em Direito Público pela PUC/Minas*

RESUMO

Este trabalho objetiva estudar a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública, em especial, quanto à controvérsia em se classificar essa responsabilidade em objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa, ou, em subjetiva, com a necessária demonstração de culpa. Doutrina e jurisprudência possuem entendimentos que apontam tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a subjetiva no tocante às condutas omissivas do Estado. Assim, para se chegar à conclusão de que a responsabilidade deve ser mesmo objetiva, primeiramente, será realizado um estudo geral da responsabilidade estatal, primordialmente, quanto à evolução doutrinária e jurisprudencial. O método utilizado foi o dedutivo, ou seja, a partir da análise de cada capítulo buscou-se inferir conclusões. O problema a ser resolvido encontra-se na divergência encontrada na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, o que demonstra ser um assunto em verdadeira construção doutrinária e jurisprudencial. A importância do tema ocorre a partir do estudo da máxima proteção jurídica do administrado e do direito fundamental à segurança pública. Ressalte-se que não se quer demonstrar que o Estado deve ser o segurador universal da coletividade, mas que, em casos omissivos específicos, deve prevalecer a responsabilidade objetiva. O objetivo final proposto é colaborar para fazer predominar o entendimento de que a responsabilidade objetiva deve prevalecer também quando a Administração Pública omite-se, já que nas condutas comissivas, a responsabilidade objetiva é a regra, unificando-as, seja pela interdisciplinaridade entre o Código Civil e a Constituição Federal de 1988 a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento pátrio, uma vez que ambas as fontes não diferenciam as condutas comissivas das condutas omissivas para a aplicação da responsabilidade objetiva; seja pela aplicação de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica; seja pela tendência jurisprudencial do STF onde vem prevalecendo o entendimento de que, mesmo

nas condutas omissivas, o Estado deve responder objetivamente; ou, seja, ainda pela doutrina moderna, que também caminha para a aplicação da responsabilidade objetiva quando o Estado omite-se no seu dever de segurança pública.

Palavras-chave: Responsabilidade Objetiva. Estado. Omissão. Segurança Pública.

ABSTRACT

This monograph intends to study the civil extracontractual responsibility of the State for omission in the area of public security, in particular the controversy over whether classify this responsibility in objective, that is, without the need for proof of guilt, or on subjective, with the necessary demonstration of guilt. Doctrine and jurisprudence have understandings that point so much to the responsibility it aims how much for the subjective regarding the conducts omissivas of the State. Thus, to be come to the conclusion of which the responsibility must be even objective, firstly, there will be carried out a general study of the state-owned responsibility, primarily, on the doctrinal and jurisprudential evolution. The method was used deductive, in other words, from the analysis of each chapter trying to infer conclusions. The problem to be solved is in disagreement found in the doctrine and jurisprudence on the subject, which proves to be a real issue in construction and legal doctrine. The importance of the issue occurs from the study of the legal maximum protection of the administered one and of the basic right to the public security. It emphasizes that it does not want to demonstrate that the State should be the universal insurer of the collectivity, but in specific cases omissivos, the objective responsibility should prevail also when the Public Administration is omitted, since in the conducts omissivas, the objective responsibility is the rule, unifying them, either by interdisciplinarity between the Civil Code and the Federal Constitution of 1988 from a systematic interpretation of the native planning, as soon as both fountains do not differentiate conduct omissivas for the application of the objective responsibility, be for the application of constitutional principles such as dignity of the person human, of legality, equality and legal security, be for the jurisprudence tendency of the STF, which has been the prevailing view that even in conducts omissivas the State should respond objectively, or, be still for the modern doctrine, which also goes for the application of the objective responsibility when the State is omitted in his duty of public security.

Keywords: Responsibility Objective. State. Omission. Public Security.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo estudar a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública. Todo o desenvolvimento desta pesquisa será realizado em torno da controvérsia existente em se classificar essa responsabilidade em objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa da Administração Pública, ou, em subjetiva, com a necessária demonstração de culpa.

Doutrina e jurisprudência possuem entendimentos que apontam tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a subjetiva no tocante às condutas omissivas do Estado.

A abordagem deste trabalho passa pelo estudo geral da responsabilidade da Administração Pública, evolução histórica na doutrina, principalmente nos ramos do Direito Civil, Administrativo e Constitucional, bem como a evolução da legislação e da jurisprudência.

O problema desenvolvido consiste na seguinte indagação: a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão, em especial na área de segurança pública, é objetiva ou subjetiva?

A metodologia utilizada foi o método dedutivo, ou seja, a partir da análise de cada parte dos capítulos buscou-se inferir conclusões, sendo que tais capítulos foram construídos a partir de pesquisas em obras doutrinárias, principalmente, do Direito Administrativo, Constitucional e Civil, bem como de pesquisa jurisprudencial em sítios dos principais tribunais brasileiros, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), que, no aspecto de segurança pública, é bastante rica. A pesquisa em artigos de sítios especializados em Direito também foi realizada, haja vista que, hoje, indubitavelmente, é uma ferramenta indispensável para a realização de trabalhos científicos.

No campo do Direito Administrativo, percorreram-se as principais teorias que explicam a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dentre elas, a teoria da culpa, da culpa administrativa ou anônima, chamada pelos franceses de *faute du service* e a própria responsabilidade objetiva.

Destaca-se que várias obras doutrinárias, principalmente que se dedicaram ao estudo do Direito Administrativo,¹ explicam o tema geral proposto: a responsabilidade civil do Estado. Contudo, trazem a visão clássica dessa responsabilidade, dividindo-a em respon-

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

sabilidade objetiva para atos comissivos e responsabilidade subjetiva para casos omissivos.

Alguns doutrinadores civilistas² já escreveram capítulos sobre o tema, abordando uma visão diferenciada, distinguindo a omissão genérica da omissão específica. A primeira não decorre de inação direta do Estado e, por tal motivo, não se poderia falar em responsabilidade objetiva, já a omissão específica, causada diretamente pela Administração, gera responsabilidade objetiva. O assunto será explanado com mais detalhes no capítulo que trata da doutrina civilista sobre o tema, contudo, nesse momento, um exemplo do autor que melhor desenvolveu o tema, Cavalieri Filho, demonstra bem a diferença entre as duas:

Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado.³

Há também vasta jurisprudência sobre o tema, contudo, ainda tímida para quebrar essa injusta dicotomia entre responsabilidades subjetiva e objetiva, sobretudo na área de segurança pública, mas que caminha para a responsabilização objetiva.

Dáí o verdadeiro caráter do problema a ser resolvido no presente trabalho, haja vista que é, ainda, um tema em verdadeira construção doutrinária e jurisprudencial.

A importância do tema ocorre a partir do estudo da máxima proteção jurídica do administrado e dos direitos fundamentais de segunda geração, como direitos sociais e econômicos, uma vez que o Estado, como sujeito de direito que é, também se sujeita ao ordenamento jurídico pátrio, que consagra a responsabilidade objetiva para casos omissivos e comissivos, conforme será demonstrado.

A relevância do estudo em questão também ocorre para corrigir injustiças que podem acontecer, quanto ao aspecto da necessidade de segurança pública, pois, por exemplo, se uma pessoa é

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

atingida por uma “bala perdida” e morre em uma calçada pública, dever-se-á, conforme a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado para casos omissivos, como é defendido por alguns autores, comprovar que haveria necessidade de maior policiamento naquele local, ou seja, o ônus da prova recairia no jurisdicionado, apesar de ser a segurança pública um direito seu, constitucionalmente protegido pelo artigo 6º e um dever do Estado, também contido na Carta Política de 1988 (artigo 144).

Ressalte-se que não se quer demonstrar que o Estado deve ser o segurador universal da coletividade,⁴ mas que, em casos omissivos específicos, deve prevalecer a responsabilidade objetiva.

O objetivo que se propõe é fazer predominar o entendimento de que a responsabilidade objetiva deve prevalecer também quando a Administração Pública omite-se, já que nas condutas comissivas, a responsabilidade objetiva é a regra.

Os fatores principais para que tal entendimento prevaleça são:

a) a legislação brasileira atual, principalmente a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 não disciplinam a matéria diferenciando condutas comissivas de condutas omissivas, fato que implica, a partir da interdisciplinaridade das matérias envolvidas, uma interpretação sistemática que resulta na aplicação da responsabilidade objetiva;

b) a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito, o princípio da legalidade, da igualdade e os demais direitos fundamentais exigem que os danos causados pela Administração Pública sejam reparados;

c) na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento de que mesmo nas condutas omissivas o Estado deve responder objetivamente, corroborando para o princípio da segurança jurídica.

Na verdade, a responsabilidade subjetiva para casos omissivos prevalece mais pela força da doutrina do Direito Administrativo, que tem na figura do autor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ um dos seus maiores defensores, e também na jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça,⁶ que ainda aprecia seus casos pautados na teoria da culpa anônima, quando a Administração Pública se omite.

Assim sendo, a partir de uma análise da legislação de regência e de julgados, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, pre-

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.983.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.961-1019.

⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 893.441/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 08/03/2007.

tende-se com este trabalho demonstrar que não há motivos para diferenciar a responsabilidade civil do Estado para casos comissivos e para casos omissivos, devendo prevalecer a responsabilidade objetiva, uma vez que injustificável o tratamento diferenciado, sem qualquer explicação razoável, seja jurídica ou lógica.

Destarte, a partir de uma interpretação sistemática tanto da Constituição Federal de 1988 quanto do Código Civil de 2002, pretende-se demonstrar, como objetivo específico, que não se deve fazer distinções não inseridas na legislação pátria, para que, ao fim a harmonia do ordenamento jurídico prevaleça, pois sendo prescrito pela Lei Maior, que exceção alguma faz quando trata da responsabilidade do Estado, não podem, a doutrina e a jurisprudência, tratar o tema de forma diversa.

1 Posicionamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro

1.1 Na legislação e na doutrina

A jurisprudência é que baliza a aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, haja vista que a legislação existente apenas invoca preceitos que estabelecem o princípio da responsabilidade objetiva, não havendo regras disciplinadoras gerais ou específicas do tema.

Aqui começa a tomar mais visibilidade a proposta que se quer apresentar, ou seja, de que também nos casos omissivos a responsabilidade do Estado não poder ser outra que não a objetiva.

E assim o é, pois a legislação de regência não traz qualquer diferença quanto à aplicação da responsabilidade subjetiva para as condutas estatais omissivas e objetivas para os atos comissivos.

Dessa forma, a partir de um estudo interdisciplinar que se passa a fazer, quer-se demonstrar que, levando-se em consideração uma interpretação sistemática de todos os ramos envolvidos, principalmente, do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, há apenas um caminho possível, que é o da responsabilidade objetiva.

Ademais, a ausência de lei tratando da matéria de forma contrária, ou seja, sem destacar para as condutas omissivas uma responsabilidade diferente daquela estabelecida pela Lei Maior, faz lembrar a máxima da hermenêutica jurídica que, quando o texto dispõe de modo amplo, sem restrições, deve o hermeneuta aplicá-lo a todos os casos peculiares que se enquadrem na hipótese geral prevista.

No campo doutrinário existem especialmente três ramos que se dedicam ao estudo da responsabilidade civil extracontratual do

Estado, são eles o Direito Administrativo, o Constitucional e o Civil, até porque o tema está inserido na legislação dos três ramos citados.

Os autores do Direito Administrativo tendem a seguir a expressão máxima da doutrina de Mello, no que diz respeito à responsabilidade estatal extracontratual, dentre eles pode-se citar Di Pietro e Santos. Alguns não se debruçam em estudar o tema aprofundadamente; outros apenas citam o insigne Mello.

O entendimento ora defendido, qual seja, a responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas, pode ser observado nas obras de Meirelles⁷ e Medauar.⁸

Na doutrina civilista, autores de vanguarda, que se baseiam nos princípios do novo Direito Civil, como a solidariedade, a eticidade, a função social e a boa-fé objetiva, também defendem a responsabilidade objetiva nas condutas omissivas. Ademais, o próprio processo de constitucionalização pelo qual passa o Direito Civil justifica tal posicionamento. Dentre os autores deste ramo, destacam-se: Cavalieri Filho e Tepedino.

Os constitucionalistas parece não terem se dedicado muito ao tema, pois a doutrina do Direito Constitucional não realizou estudos mais aprofundados sobre o tema, conforme será demonstrado.

Aspecto de grande relevância dentro da doutrina é a questão da interdisciplinaridade existente entre tais ramos, que tem por finalidade alcançar, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, uma prestação jurisdicional completa.

E é justamente assim, a partir de um diálogo de complementaridade, é que deve ser lida a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

1.1.1 Constitucionalista

As constituições brasileiras de longa data tratam da responsabilidade civil do Estado. Os preceitos evoluíram desde a primeira Constituição até a última, passando por intensas transformações, principalmente após a Carta Magna de 1946, como poderá ser percebido.

Ressalte-se que, infelizmente, a legislação civil não acompanhou a evolução das constituições, o que pode ser explicado até mesmo pela demora na aprovação do “novo” Código Civil, que tramitou durante décadas. Não obstante tal fato, hoje, pode-se

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p.663.

⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9.ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2005, p.434.

concluir que as legislações encontram-se com preceitos muito semelhantes.

Começando pela Constituição de 1824,⁹ observa-se que só respondiam os próprios servidores, pessoalmente, não sendo o Estado responsável pelos atos realizados pelas pessoas físicas em nome do Poder Público.

A Constituição de 1891¹⁰ seguiu o mesmo pensar, assim, não se pode falar numa típica teoria da irresponsabilidade, haja vista que responsabilidade existia, contudo, quanto ao ente público, pode se dizer que este era irresponsável, uma vez que era a pessoa física do funcionário que respondia subjetivamente pelo dano causado.

A Carta Política de 1934¹¹ já trouxe significativa mudança na responsabilização estatal, haja vista que os funcionários públicos não mais se responsabilizariam sozinhos pelas suas condutas, pois a solidariedade da Fazenda Pública fazia-se presente, continuando, contudo, a ser uma responsabilidade subjetiva.

Os parágrafos do artigo 171 da Constituição de 1934 também inovaram no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que trouxeram a figura do litisconsorte passivo necessário do funcionário, quando o lesado acionava judicialmente apenas o Estado. Inovou também quanto à execução, pois, uma vez executada a Fazenda Pública, esta deveria executar o funcionário culpado. Ressalte-se que o elemento culpa era necessário para caracterizar a responsabilidade estatal. A Constituição de 1937 praticamente repetiu a de 1934.

Contudo, é na Constituição de 1946 que a figura do funcionário desaparece do texto constitucional e a responsabilidade objetiva apresenta-se pela primeira vez no ordenamento jurídico bra-

⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

¹⁰ Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

¹¹ Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. § 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

sileiro, dispondo que: “Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Notadamente, abandona-se, definitivamente, a teoria da responsabilidade subjetiva, pois além do preceito constitucional tratar das “pessoas jurídicas”, não mais se trata do elemento subjetivo, pois os pressupostos da culpa, ou seja, a negligência, a imprudência e a imperícia não mais constam da norma ora comentada.

As palavras *culpa* e *funcionários*¹² são mencionadas sim, contudo, apenas no parágrafo único do artigo para tratar do direito de regresso, como o faz a atual Constituição.

As Cartas Políticas de 1967 e 1969 apenas repetem a de 1946.

Chega-se, enfim, à atual Constituição que em seu artigo 37, parágrafo 6º, assim dispôs: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Nota-se, dentre outros elementos que serão comentados, a importantíssima alteração do texto constitucional para incluir como sujeito passivo da ação de reparação de danos as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Importantíssima porque acaba com a discussão doutrinária e jurisprudencial até então existente sobre a possibilidade de legitimação de, por exemplo, empresas públicas ou até, indo além, de concessionárias de serviços públicos como sujeitos passíveis de responsabilização civil extracontratual.

Nesse ponto, salutar ressaltar que estas pessoas jurídicas de direito privado só são aquelas que prestam serviços públicos, pois as que desempenham atividade econômica, previstas no artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, como os bancos públicos (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil), não respondem ações com fundamento no artigo 37 da Constituição. Contudo, respondem objetivamente com base no próprio Código de Defesa do Consumidor, pois cediço que os clientes destas instituições financeiras são consumidores, como já decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

O artigo 37, parágrafo 6º da Constituição atual trata das pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos. Tais pessoas são as concessionárias ou permissionárias mencionadas no artigo 175 da Carta Magna.

¹² Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Nesse compasso, para uma melhor compreensão do tema, necessário se faz debruçar mais amiúde sobre cada elemento constitutivo do preceito constitucional em tela.

Primeiramente, importante se faz explicar o alcance do termo “agente”. Di Pietro explica que o termo agente deve ter a maior abrangência possível, tratando que “abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço.”¹³

Quanto à indenização e ao dano propriamente dito, a atual Constituição os colocou no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que tratados pelo artigo 5º, que diferencia dano moral, do dano material e também do dano à imagem.

Ainda em se tratando de texto constitucional, a Carta Política de 1988 traz como competência da União explorar os minérios nucleares,¹⁴ sendo que a responsabilidade objetiva para esse caso baseia-se, diferentemente da regra comum, na teoria do risco integral. Por essa razão, importante realizar a diferença entre a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral, como será feito no capítulo que trata da doutrina administrativista, independentemente do posicionamento contrário de alguns autores, como Di Pietro.

Outro termo que merece cuidado específico é o emprego do vocábulo *terceiros*, que também deve ter um alcance amplo, utilizado justamente para diferenciar a responsabilidade extracontratual da contratual.

Não obstante tal orientação no sentido de ampliação do conceito, posição majoritariamente dominante na doutrina brasileira, o Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado no ano de 2004¹⁵ assentou que o vocábulo *terceiros* abrange apenas os usuários dos serviços públicos, restringido a amplitude até então dada para o termo.

Moraes, ao tratar da responsabilidade do Estado assinala que “essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão admi-

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2006, p.624.

¹⁴ Art. 21. Compete à União: XIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

¹⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 262.651/SP. Rel. Ministro Carlos Velloso, **Diário da Justiça**, 24/11/2004.

nistrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.”¹⁶

Assim, com a simplicidade acima, sem rodeios, ensina que um dos requisitos da responsabilidade estatal objetiva é a ação ou omissão administrativa.

Silva leciona, sem distinguir entre omissão ou comissão, até porque a Constituição assim não o fez, e por ser a sua obra um curso de direito constitucional positivo, que:

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada.¹⁷

Nota-se assim que, para os constitucionalistas, não há dúvida quanto à aplicação da responsabilidade objetiva, tanto por omissão, quanto por comissão do Estado, haja vista que o constituinte diferença alguma fez no tratamento da responsabilidade estatal, tratando todas como objetiva.

1.1.2 Civilista

Cediço que o Código Beviláqua¹⁸ em seu artigo 15 dispôs sobre a responsabilidade subjetiva do Estado, afinal, não poderia ter sido diferente, uma vez que a Constituição da época também assim trazia, prevalecendo então a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, fato que se encontra justamente no trecho que traz “modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”.

O Código Civil de 2002, que, infelizmente, teve de esperar décadas para ser promulgado, em sintonia com a Constituição, que já trazia a responsabilidade objetiva desde 1946,¹⁹ tratou de modificar a orientação civil até então contida no texto legal para tratar a responsabilidade civil extracontratual do Estado como objetiva,

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.352.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.673-4.

¹⁸ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

¹⁹ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

não dispendo qualquer menção à contrariedade do direito ou falta de dever prescrito em lei, como trazia a redação anterior.

Ressalte-se que o artigo 43 do Código Civil de 2002 preceitua menos do que o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição de 1988, pois traz apenas as pessoas jurídicas de direito público como responsáveis, diferentemente do texto do parágrafo 6º da Constituição que acrescentou, como dito acima, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Talvez, tal fato tenha ocorrido em razão do tempo para a discussão e aprovação do novo Código Civil, que, mesmo tendo sido publicado em 2001, com vigência em 2002, tramitou por décadas pelo Congresso Nacional, tendo vários artigos já superados pela ordem constitucional de 1988.

Ademais, o Código Civil de 2002 trouxe vários artigos sobre a responsabilidade objetiva, fato que faz com que parte da doutrina civilista trate tal responsabilidade como a regra e a responsabilidade subjetiva como exceção. Corrobora com essa assertiva Cavalieri Filho:

O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O Código Civil de 2002, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso de direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único, art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc. Após o exame dessas hipóteses todas, haverá uma única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva.²⁰

Nesse contexto, ainda Cavalieri Filho, inicia seu capítulo intitulado “Responsabilidade da Administração Pública”, trazendo uma severa crítica à teoria da irresponsabilidade sob o enfoque civil, uma vez que tal teoria seria a própria negação do direito:

De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável des-

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.141.

sa submissão. Como sujeito dotado de personalidade, o Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado? ²¹

E continua a explicar as diversas teorias da responsabilidade civil, seguindo lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, realizando importante observação quando explica a teoria da culpa anônima (*faute du service*), uma vez que percebeu que diversos doutrinadores e julgados confundem culpa anônima com responsabilidade objetiva, fato que é um grande equívoco, pois mesmo sendo anônima o elemento subjetivo deve ser demonstrado, admitindo-se a presunção de culpa em face da dificuldade em comprová-la, mas jamais pode ser confundida com responsabilidade objetiva, na qual a culpa não faz parte como elemento imprescindível da caracterização do dano injusto.

Explica também a evolução da culpa anônima para a teoria da responsabilidade objetiva, com base no Direito Administrativo, o que não poderia ser diferente, uma vez que se trata de uma teoria publicista, reafirmando que se chegou até a presente teoria, a partir do estudo dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, pois se todos os administrados se beneficiam com os serviços prestados pelo Estado, nada mais justo que, quando houver uma falha nesta prestação de serviço, todos também devem participar da recomposição da situação daqueles que foram afetados, fundamento que também justifica a teoria do risco administrativo, base da responsabilidade objetiva.

Diverge de Di Pietro no que tange à diferença entre o risco administrativo e o risco integral, posição também adotada nesse trabalho, uma vez que na teoria do risco administrativo incidem as excludentes de responsabilidade, outrora explanadas, que paralisam a relação de causalidade entre a conduta administrativa e o dano. Já a teoria do risco integral “é uma modalidade extrema da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.” ²²

Tratando da evolução legislativa sobre a responsabilidade civil do Estado, Cavalieri Filho, ao discorrer sobre o artigo 15 do Código Civil de 1916, entende que, apesar da ambigüidade encontrada no texto da lei, certamente quis o legislador tratar da teoria

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.219.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.224.

da responsabilidade subjetiva, fato que, aliás, se coadunava com o posicionamento constitucional da época, haja vista que a teoria da responsabilidade objetiva no Brasil nas Cartas Políticas só surgiu em 1946.

Não obstante essa conclusão, ressalva Cavalieri Filho que alguns autores, dentre eles Rui Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcante, aproveitando-se da mencionada ambigüidade do artigo 15 do Código Civil de 1916 e do direito europeu, principalmente da França, já iniciavam a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva. Fato que também ocorreu em julgamentos do próprio Supremo Tribunal Federal, concluindo que “também entre nós, a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência, para depois se transformar em texto legal.”²³ Conclusão esta que será bastante relevante quando o assunto ora delineado for tratado a partir da jurisprudência não só do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça, como será feito em capítulo apartado.

Discorre ainda que foi a Constituição Federal de 1946 que estabeleceu a responsabilidade objetiva no Estado Brasileiro, sendo que, de lá até os dias atuais tal responsabilidade permaneceu no nosso ordenamento, servindo a Carta Política de 1988 apenas para ampliar os legitimados passivos, pois incluiu além das pessoas jurídicas de direito público, também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Também mereceu destaque nas suas orientações a questão da “concorrência de causas”, trazendo que nesses casos a responsabilidade administrativa deverá ser diminuída e conseqüentemente o valor da indenização minorado. Nesse contexto, faz uma reparação deveras importante, pois salienta que “há quem não admita a atenuação da responsabilidade do Estado por entender que, sendo ela objetiva, inadmissível falar em culpa concorrente. Atente-se, todavia, a que o fenômeno não é de concorrência de culpas, mas de causas, como já salientado no capítulo do nexa causal.”²⁴

Essa observação se faz relevante uma vez que serve também para a responsabilidade objetiva do Estado em condutas omissivas, objeto principal do presente trabalho, e que nem sempre deverá ser aplicada nos casos omissivos, sob pena de jamais haver uma indenização totalmente coberta pelo Estado, haja vista que sempre poderá haver a defesa de que na omissão não é o Estado que diretamente causa o dano.

Tratando dos danos por omissão do Estado, capítulo que se configura ponto central do presente trabalho, Cavalieri Filho faz

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.225.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.228.

diversas considerações que serão colocadas de forma mais detalhada, haja vista que é o posicionamento deste autor que reflete o objetivo perquirido nesta obra: demonstrar que a responsabilidade objetiva pode e deve ser aplicada nas condutas omissivas do Estado que gerem danos, desde que presentes alguns elementos que serão apresentados em seguida.

Começa sua explanação colocando já nas primeiras linhas a questão a ser resolvida pelo presente trabalho: “A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva?”²⁵

Colocando a posição de Bandeira de Mello, que defende a responsabilidade subjetiva, uma vez que o Estado nos casos omissivos não agiu, não sendo o causador do dano e de que a responsabilidade civil por omissão é sempre gerada de ato ilícito que é necessariamente uma responsabilidade subjetiva, responde a questão trazendo que: “Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva.”²⁶ Posicionamento a que se adere completamente.

Assim, para refutar o mais forte argumento de Bandeira de Mello de que o ato ilícito pressupõe culpa, haja vista que o primeiro argumento é bastante falho, qual seja, o de que a Administração, quando se omite, não dá causa ao dano, sendo apenas uma condição para o dano, leciona que:

Na moderna sistemática da responsabilidade civil não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 16 do Código Civil. Há também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva.²⁷

E adentra no seu conceito de omissão genérica do Estado e omissão específica, distinção a qual se adere também em sua plenitude, com o intuito de afastar a questão levantada por diversos doutrinadores e julgadores que é o Estado como segurador universal, fato que se ocorresse, realmente não justificaria a aplicação da responsabilidade objetiva em casos omissivos, que, contudo, não é verdade, como será explicado oportunamente.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.230.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.230.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

Assim traz o insigne Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quando leciona sobre a omissão genérica e a específica:

Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.²⁸

Complementa trazendo que diversos administrativistas, como Meirelles e Medauar, são favoráveis à responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas.

Acrescenta ainda que também a jurisprudência caminha no mesmo sentido, citando casos específicos de assassinatos de presidiários dentro de presídios e de acidentes com alunos da rede pública nas próprias escolas, sendo que, nesse último caso, cita o julgamento ocorrido no Recurso Extraordinário 109.615/RJ, da relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual o Estado foi responsabilizado por sua conduta omissiva ao deixar de solicitar atendimento médico a aluno de escola pública atingido gravemente em seu olho por outro aluno. No caso, trouxe o douto relator que estavam presentes a consumação do dano, a omissão administrativa, o nexo causal entre a conduta omissiva e o dano e não havia qualquer causa excludente de responsabilidade.

Afirma categoricamente o autor que, nos casos de danos decorrentes de coisas ou pessoas perigosas de que o Estado tem a guarda, a responsabilidade é objetiva, como ocorre na área estatal abordada no presente trabalho, que é justamente a área de segurança pública.

Cita, como exemplos, os depósitos de explosivos, usinas nucleares, presídios e manicômios judiciais e expõe:

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

A responsabilidade do Estado em casos tais é, indiscutivelmente, objetiva, porque é o próprio Poder Público que, sem ser o autor direto do dano, cria, por ato seu, a situação propícia para a sua ocorrência. Não seria justo e nem jurídico que apenas alguns sofressem os prejuízos decorrentes da explosão de um paiol de munições ou da evasão de presidiários que, ao fugirem, praticam atos de violência contra pessoas e coisas nas proximidades do presídio. Tendo em vista que estes estabelecimentos são instituídos em proveito de todos, é natural que os danos deles decorrentes sejam também, por todos suportados.²⁹

Contudo, ressalta que:

Obviamente, cessará a responsabilidade do Estado se o dano sofrido pelo particular não mais estiver relacionado com a situação perigosa criada pelo Poder Público, como no caso de vierem os evadidos a causar danos em locais distantes do presídio – a fonte do risco.³⁰

Nesse sentido, cita um caso em que o Supremo afastou a responsabilidade do Estado, haja vista que os evadidos cometeram ilícitos 21 meses após a evasão (RE 130.764/PR)

Quanto aos danos decorrentes de fenômenos da natureza e fato de terceiro, como assaltos em via pública, danos decorrentes de enchentes, deslizamento de encostas, demonstra que a responsabilidade para esses casos é a da culpa administrativa ou culpa anônima (*faute du service*), pois em tais situações não haveria um agente estatal causador do dano, sendo tais fatos estranhos à atividade administrativa, não havendo o necessário nexo de causalidade.

Contudo, pensa-se que não seria o caso de não se aplicar a responsabilidade objetiva por se tratar de culpa anônima, mas sim de não se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva porque tais elementos são excludentes da responsabilidade administrativa.

E assim conclui o insigne doutrinador sobre a responsabilidade civil extracontratual estatal:

Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.242-3.

Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da Natureza -, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.³¹

Nota-se que o autor ainda possui uma percepção tímida da responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas, contudo quando destaca os conceitos e a aplicação de omissão específica e a omissão genérica, ponto mais forte da doutrina que adota para os casos omissivos, pretende sim defender a responsabilidade objetiva para condutas omissivas do Estado.

Também existem civilistas que ainda defendem a responsabilidade subjetiva do Estado em casos omissivos, como o faz Stoco ao tratar da matéria em seu Tratado de Responsabilidade Civil, lecionando que:

A nós parece que, em qualquer hipótese, se o *non facere* do funcionário foi a causa eficiente do dano, responde a Administração. Convergimos, contudo, num ponto: a omissão traduz o que se chama de *faute du service*, quando o Poder Público devia agir e não agiu; agiu mal ou tardiamente.³²

Ressalte-se que, Stoco, mesmo depois do advento do Código Civil de 2002, não mudou seu posicionamento:

Embora o art. 43 do atual Código Civil tenha se apartado da teoria abraçada no art. 15 do revogado Código de 1916, pois esta adotava a responsabilidade subjetiva do Estado e aquele preceito do Código atual - na linha do princípio estabelecido pela Constituição Federal - tenha acolhido a responsabilidade objetiva do Estado, a situação não muda, segundo nos parece.

Dúvida não resta de que, por força da evolução doutrinária e a adoção da teoria do risco administrativo mitigado, a responsabilidade do Estado e das demais pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos é, como regra, objetiva, desde que o dano decorra da atuação de um dos seus agentes.

Contudo, nos atos omissivos, pelas razões expostas por Celso Antônio e o saudoso Hely Lopes Meirelles, essa responsabilidade depende da apuração de culpa, ou seja, a negligência da Administração.³³

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.246.

³² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.836.

³³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.963.

Já Tepedino diferente pensar traz no seu Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, pois para o insigne civilista:

Após 1988, escreveu-se que, não sendo dado ao intérprete restringir onde o legislador (mormente o constituinte) não restringiu, não há por que se afastar a responsabilidade do Estado por suas omissões, sendo certo, contudo, que se deve evitar o caminho da *panresponsabilização* estatal – a qual, diga-se, não se verificará quando o aplicador trilhar o caminho do risco administrativo nos termos da previsão constitucional, ou seja, atentando-se para as possíveis excludentes, como o caso fortuito que venha a romper o nexo de causalidade.³⁴

Cahali não define claramente se aplica a responsabilidade objetiva ou subjetiva nos casos omissivos de responsabilidade estatal, contudo, demonstra que só o caso a caso é que poderá definir a aplicação de uma ou outra. Assim, traz o insigne autor em sua obra consagrada:

Notoriamente elástico o conceito de exigibilidade do ato estatal, no caso, a carga de subjetivismo que caracteriza a sua identificação é que terá induzido alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento “culpa”.

[...]

Portanto, o dever jurídico descumprido de executar a obra ou de prestar o serviço devido, colocado como causa primária da responsabilidade do Estado, é circunstancial, a ser examinado em cada caso concreto, ponto a respeito do qual, aliás, inexistente divergência entre os doutrinadores.

[...]

Mas a frequência com que a atuação estatal tem sido inquinada de omissa ou deficiente na execução ou manutenção de obras públicas ou na prestação de serviços, e que seriam dever jurídico cujo cumprimento seria razoavelmente exigível, permite certa catalogação, para que o respectivo tratamento seja unificado.³⁵

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. I, p.115.

³⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.222.

1.1.3 Administrativista

A doutrina administrativista, dentre os renomados autores, encontra em Celso Antônio Bandeira de Mello o seu maior expoente, haja vista que o entendimento da matéria trazido pelo insigne autor serve de base para a grande maioria das demais obras do ramo.

Obviamente, outros doutrinadores também contribuíram expressivamente para a construção dogmática do tema responsabilidade civil do Estado, contudo Bandeira de Mello, certamente, é o mais conhecido e citado pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Não é por nada, que os entendimentos diversos têm como ponto de partida as lições do autor mencionado.

Assim, tomando por base as lições de Bandeira de Mello, conceitua-se a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como sendo “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”³⁶

Diferente pensar não possui a não menos insigne Di Pietro, que conceitua a responsabilidade civil do Estado como uma “obrigação de reparar danos causados a terceiro em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos e ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”³⁷

Repare que, diferentemente do Direito Civil, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado também pode ocorrer de ato lícito e não só de atos ilícitos, como de regra.

Justamente no tocante a atos lícitos praticados pelo Estado que Bandeira de Mello justifica a atuação estatal diferenciando os casos em que haveria a responsabilidade e casos em que ela não estaria configurada, diferenciando os casos de responsabilidade daqueles em que há “sacrifício do direito”.

Desta forma, leciona que há casos “em que o Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem,”³⁸ nestes não há que se falar em responsabilidade do Estado, pois nesses casos existe indenização predefinida aos particulares, um exemplo seria a desapropriação.

Outro ponto que merece destaque na obra de Bandeira de Mello faz-se presente na distinção que realiza entre a responsabilidade estatal e a do particular, trazendo que por ter o Estado que

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.961.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2006, p.618.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.964.

operar diversas obrigações perante os seus súditos, não pode se eximir de suas funções, tendo em vista sua própria missão e para que não se ofenda o Estado de Direito, sendo que a responsabilidade estatal possui características próprias, haja vista sua própria posição jurídica diferenciada.

Os administrados, na verdade, não têm como se esquivar da atuação estatal, que visando sempre ao interesse público, da coletividade, pode atingir interesses particulares, por isso é que a escala dos danos que podem ser causados pelo Estado é macroscópica.³⁹ Opostamente, quando se fala em relações particulares, mais previsível a ocorrência de dano e assim mais fácil evitá-lo, leciona o mestre.

Assim, a proteção jurídica, quando o Estado faz-se presente, deve ser maior e diferenciada. E é justamente nessa idéia que a repartição dos prejuízos surge, uma vez que o Estado age em prol da coletividade, sendo que esta, já que recebe os benefícios da atuação estatal, também deve arcar com o possível ônus gerado pelo comportamento da Administração, implicando, inexoravelmente, a aplicação do princípio da igualdade.

Daí surge a evolução das teorias da responsabilidade do Estado, alargando cada vez mais as situações de interesses privados em que a responsabilidade estatal deve ser aplicada.

Segundo Carvalho Filho⁴⁰ as teorias da responsabilidade do Estado evoluíram da seguinte forma.

Em um primeiro momento, preponderou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que segundo o autor acima mencionado deu-se da seguinte forma: “Na metade do século XIX, a idéia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados pelos seus agentes”.

Tratava-se do postulado “The king can do not wrong”. Tal teoria desapareceu e hoje, ordenamento algum no mundo jurídico a aceita, pois reconhecido está o dever de indenizar os administrados por atos que os lesionem. Historicamente, foram os Estados Unidos da América e a Inglaterra, respectivamente, em 1946 e 1947, os últimos países a abandonarem a teoria da irresponsabilidade.

Passou então a predominar a teoria da responsabilidade com culpa, pois que em um primeiro período de responsabilidade foi admitida a responsabilidade civilista para dirimir os casos de danos causados pela Administração, ou seja, dependia-se de uma conduta culposa do agente estatal, contudo, distinguiam-se os atos de império e os atos de gestão.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.965.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.474.

Desta forma, praticados atos de império, não haveria responsabilidade, uma vez que a conduta seria coercitiva oriunda do poder soberano do Estado; já, se fossem praticados atos de gestão, haveria responsabilidade, pois tais atos são praticados em semelhança aos atos privados. Esta diferenciação causou confusões, haja vista a dificuldade que se tinha em diferenciar atos de gestão e atos de império, fato que levou ao abandono da teoria.

Evoluiu-se, então, para as teorias denominadas publicistas, embrionárias na França, tendo o marco inicial no conhecido caso Blanco, em 1873, em que o Estado foi responsável pelo atropelamento de uma menina sem que se conhecesse o agente que teria praticado a conduta.

Segundo a teoria publicista da culpa administrativa, na qual não seria mais necessário apontar o agente causador do dano, bastava demonstrar a culpa anônima ou falha do serviço (*faute du service*), que ocorria de três modos: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço.

Assim, nessa teoria o lesado deveria comprovar a culpa não do agente, mas da falta do serviço.

Ao tratar da presente teoria, Di Pietro lecionou que:

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado.⁴¹

Nesse ponto, necessário se faz destacar, novamente, a lição de Bandeira de Mello, uma vez que tal ensinamento é utilizado pelo autor para afastar a responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas, ponto central do presente trabalho.

Assim, preleciona o insigne autor que a concepção da *faute du service* francesa não é sinônimo de responsabilidade objetiva; é sim responsabilidade subjetiva, contudo sem individualização; tal confusão pode ter ocorrido pela tradução errônea da palavra "*faute*" que significa culpa e não ausência.

⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. 2006, p.621.

Outro fator que pode ter colaborado para a confusão foi o de que na teoria da *faute du service* pode haver presunção de culpa do Estado, elemento muito próximo da ausência de culpa, uma vez que, cabe ao Estado o ônus de provar o contrário.

Nesse toar, assim trouxe o mestre:

Inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida 'presunção de culpa', pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente. Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese da culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.⁴²

Como não poderia ser diferente, a teoria da culpa administrativa também perdeu espaço, haja vista a permanente dificuldade dos administrados em comprovar, mesmo sendo anônima, a culpa do serviço e assim começou a prevalecer a teoria da responsabilidade objetiva, na qual não mais seria necessário demonstrar a culpa, bastando demonstrar a conduta e o dano e o respectivo nexo causal entre os dois.

O fundamento para aplicação da responsabilidade objetiva foi justamente a teoria do risco administrativo, pois cediço que o Estado possui um poderio maior que o administrado, que sempre encontrava grandes obstáculos para tentar demonstrar a culpa do Estado.

Assim, por ser o Estado mais poderoso, deveria arcar com o risco de suas inúmeras atividades. O princípio da repartição dos encargos também foi utilizado para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, se com sua atividade, todos são beneficiados, quando ocorresse um dano oriundo desta atividade, todos também deveriam arcar com o ônus, sendo que se pode concluir um nítido interesse social na composição do dano estatal.

Ainda dissertando sobre a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, Bandeira de Mello trouxe como fundamentos para a reparação do dano dois princípios amplamente conhecidos: o da legalidade e o da igualdade.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.975.

Destaca o autor, nesse aspecto que “no caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade”.⁴³

Já para comportamentos lícitos, o dever de reparar é a contrapartida do princípio da igualdade (noção básica do Estado de Direito), pois visa a “garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos.”⁴⁴

Outro ponto que deve ser destacado é quanto ao sujeito autor da lesão estatal. Explica Bandeira de Mello que “não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade.”⁴⁵ Essas pessoas são todas aquelas que desempenham um mister público.

Ressalve-se que não importa saber se o agente tinha poderes para determinado ato ou não, ou seja, tinha competência para o ato, importa que, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal. Enfim, são agentes públicos, quem desfrute de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado.

É de se destacar também, dentro do capítulo estudado, o que Bandeira de Mello denominou “caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade”, trazendo três situações distintas: conduta comissiva do Estado; conduta omissiva; e danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.⁴⁶

Na conduta positiva/comissiva do Estado há responsabilidade objetiva, pois a própria noção de Estado de Direito postula esta solução, em que o Estado deve ser responsável, sendo que os princípios da legalidade e da igualdade devem ser conjugados.

Desta feita, pode existir conduta comissiva do Estado por comportamentos lícitos, que por sua vez, se subdividem, segundo o renomado autor,⁴⁷ em atos jurídicos “por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranqüilidade, salubridade e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietári-

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.975.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.975.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.976.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.977.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.980.

os de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal”; e em atos materiais “por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas e ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis.”

A conduta comissiva do Estado pode surgir também por comportamentos ilícitos, com a seguinte subdivisão:

a) atos jurídicos, “por exemplo, a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista”;

b) atos materiais “por exemplo, o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas.”

Já na conduta omissiva do Estado, Bandeira de Mello, defende a existência da responsabilidade subjetiva, a partir da concepção de que o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente, ou seja, baseado na *faute du service*.

E assim discorre:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).⁴⁸

Justifica também que nos casos omissivos a responsabilidade deve ser subjetiva pelo fato de que “o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não *causa*. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.”⁴⁹

E é justamente nesse ponto que insere a questão do Estado como segurador universal, explanando que:

Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.981.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.982.

causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o 'serviço não funcionou'. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal!⁵⁰

Bandeira de Mello, ainda defendendo a responsabilidade subjetiva para as condutas omissivas do Estado, traz outro argumento que é justamente o da culpa presumida que não pode ser confundida com a responsabilidade objetiva, doutrinando que:

Finalmente, quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de 'culpa presumida', pois, se o Poder Público provar que não houve omissão dolosa ou culposa, descaberá responsabilizá-lo; diversamente do que ocorre na responsabilidade objetiva, em que nada importa se teve, ou não, culpa: responderá do mesmo modo.

Com efeito, nos casos de 'falta do serviço' é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria.

[...]

Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.⁵¹

Por fim, traz ainda, como característica da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade, os denominados "danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória", que se consubstanciam na noção de que não é o Estado que pratica a ação danosa, contudo é ele que realiza a ação da qual o dano depende; é o Poder Público que propicia o dano por ato próprio; nesses casos, é como se o próprio Estado agisse e, portanto, a responsabilidade é objetiva. Ex. assassinato de um presidiário por outro, pois são pessoas presumidamente perigosas; explosão de depósito militar de explosivo, atividade potencialmente danosa.

Aqui, mesmo Bandeira de Mello, que defende e influencia a doutrina e a jurisprudência nacionais, entende que a responsabilidade por omissão estatal é objetiva, com fundamento no princípio da igualdade, da solidariedade, pois é a própria sociedade que

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.983.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.982-3.

não pode viver sem um presídio, por exemplo, e assim os danos devem ser repartidos por todos que dos serviços aproveitam.

Dessa forma, pode-se concluir que, em diversos casos envolvendo a segurança pública, o Estado proporciona diretamente a situação que causa o dano e assim deve ser responsabilizado objetivamente.

Di Pietro⁵² e Carvalho Filho⁵³ prelecionam que nas condutas omissivas deve o ente público responder subjetivamente, não fazendo qualquer ressalva, como fez Bandeira de Mello. Respectivamente, assim trazem os insignes administrativistas:

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu da atuação do agente público, mas de omissão do poder público (cf. acórdãos *in RTJ 70/704, RDA 38/328, RTJ 47/378*).

Todavia, quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa*. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Conclui-se, portanto, que, apesar de a doutrina majoritária do Direito Administrativo pregar que nas omissões do Estado a responsabilidade pelos danos causados deve ser subjetiva, até mesmo a maior influência doutrinária (Bandeira de Mello) possui lição defendendo que nos casos de danos dependentes de situação produzida por situação diretamente propiciada pelo Estado, este responde objetivamente. Tais casos, na grande maioria, envolvem exemplos ligados ao dever de segurança pública, corroborando para o fim primordial deste trabalho.

⁵² PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. 2006, p.625.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2007, p.489.

2 A responsabilidade civil do Estado por omissão na área de segurança pública

2.1 Caracterização da responsabilidade objetiva

Após toda esta construção argumentativa, faz-se necessário posicionar especificamente a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública, o mote primordial do presente estudo.

Como foi demonstrado, a legislação é uníssona em tratar a responsabilidade civil do Poder Público como objetiva: a Constituição em seu artigo 37, parágrafo 6º e o Código Civil no artigo 43. Contudo, doutrina e jurisprudência divergem quando o assunto é classificar tal responsabilidade em objetiva e subjetiva quando a Administração Pública se omite.

Desta forma, sem o propósito de realizar uma fórmula para caracterizar os casos omissivos estatais como de responsabilidade objetiva, até porque o Direito é uma área do conhecimento que não permite fórmulas prontas e acabadas, há que se encontrar uma caracterização mínima para que a responsabilidade estatal possa ser analisada de forma a se concluir que a conduta omissiva não necessita da comprovação do elemento culpa.

Assim, primeiramente, imprescindíveis três elementos básicos para qualquer espécie de responsabilidade: a conduta, no caso, negativa, omissiva; o dano e o nexo de causalidade. Ausente quaisquer destes elementos, não é possível dar o próximo passo, bem como, se presente algumas das excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a conduta exclusiva da vítima.

A dificuldade nos casos omissivos começa já pelo primeiro elemento acima citado, ou seja, a conduta. Dessa forma, a idéia de omissão estatal para ser concreta deve estar vinculada a um dever do Estado de garantir a não ocorrência do dano. Este dever estatal encontra-se justamente no ordenamento jurídico em sentido amplo, ou seja, não apenas nas leis formais, mas também nos princípios e valores. No presente estudo, o dever de segurança pública encontra-se inculcado no artigo 144 da Constituição.

Quanto ao segundo elemento, o dano, seja ele material ou moral, não há muitas considerações a fazer, haja vista que é elemento comum em qualquer tipo de responsabilidade civil, até porque suas características e conseqüências, dentre elas o valor da indenização, não é objeto do presente trabalho.

O nexo de causalidade, como trazido alhures, sem dúvida alguma, é o elemento mais importante da responsabilidade, sendo que no caso omissivo é ainda mais relevante, haja vista que a carac-

terização da responsabilidade subjetiva ou objetiva dependerá, primordialmente, da análise deste elemento.

O parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal talvez seja um bom ponto de partida para analisar a omissão estatal e o dever jurídico do Estado, que assim dispõe: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.” O dever de agir é pressuposto da omissão e é justamente esta obrigação que deve estar configurada na conduta omissiva para que o Estado possa ser responsabilizado objetivamente.

Também, ainda no campo penal, destaca-se, no artigo 13 do Código Penal o parágrafo 1º, que reza: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Trata-se das excludentes e concausas, fator determinante no presente trabalho, haja vista que, como trazido por Pinto:

O estudo das causas de exclusão total ou parcial do dever de indenizar diz respeito diretamente às hipóteses de responsabilidade civil por omissão. Não que tais causas estejam ausentes nos casos de responsabilidade por ato comissivo, mas estarão sempre potencialmente presentes nas hipóteses de omissão. E não é difícil entender a lógica da afirmativa. É que quando se imputa ao Estado um comportamento omissivo gerador de um dano, certamente o que causou o dano do ponto de vista naturalístico não foi diretamente a conduta do agente público, mas um ato de terceiro, da própria vítima ou um fato da natureza. O evento não se produz jamais pela omissão em si, mas pelas forças naturais que operam paralelamente a ela. Será então preciso avaliar se a omissão do Estado é juridicamente relevante.⁵⁴

Assim, partindo da idéia de omissão juridicamente relevante, para que esteja configurado o dever estatal de evitar o dano, deve ser realizada a seguinte questão, após a verificação que não há qualquer excludente de responsabilidade: a conduta omissiva do Estado encontra-se dentre seus deveres de evitar o resultado? Se a resposta for afirmativa a responsabilidade é objetiva. Lembrando que, se presente uma concausa, o fato só é relevante para quantificar o valor indenizatório.

Contudo, deve se ponderar a diferença realizada por Cavalieri Filho que distinguiu a omissão genérica da específica, que poderia ser trazida para esta parte do estudo como dever jurídico genérico e dever específico.

⁵⁴ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.139.

Dai, outra indagação: então, quais seriam esses deveres estatais específicos?

Não há uma fórmula para a enumeração destes deveres, sendo que o estudo caso a caso deverá ser considerado para que se defina a responsabilidade objetiva ou subjetiva.

O artigo 5º da Constituição Federal é repleto de deveres estatais, sendo que, para o presente trabalho, mais específico é o artigo 144, pois lá se encontra o dever jurídico específico do Estado de evitar danos oriundos da omissão na área de segurança pública: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".

Segundo Bastos e Martins, "a segurança pública hospeda, no País, a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Cabe, pois, ao Estado e aos cidadãos tal tarefa, embora a responsabilidade principal seja do Estado."⁵⁵

Conclui-se, então, que o dever de segurança pública é específico, e a omissão estatal, nesse campo, pode gerar um dano cuja responsabilidade será objetiva.

2.2 Jurisprudência

Como dito alhures, é a jurisprudência que baliza a aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, haja vista que a legislação existente, apesar de ditar a regra geral, não disciplina de forma específica o tema, fazendo com que a jurisprudência, no intuito de pacificá-lo, crie um panorama repleto de incertezas, mas que, contudo, vem se aproximando cada vez mais da regra geral: a responsabilidade objetiva também nas condutas omissivas.

Tudo em prol de uma prestação jurisdicional com mais eficácia e com segurança jurídica para aqueles que do Poder Judiciário necessitem, uma vez que não pode haver desigualdade em situações que se identificam, ou seja, os jurisdicionados que sofrem o mesmo dano causado pela omissão administrativa não podem ver seus processos tomarem rumos tão distintos nos quais em um deles o Estado é condenado e no outro não.

2.2.1 No Superior Tribunal de Justiça

A pesquisa jurisprudencial realizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça revela que este Tribunal, cuja missão é a pacificação da interpretação da legislação federal, demonstra a adoção,

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 5, p.222.

ainda, da responsabilidade subjetiva do Estado para atos omissivos; no máximo, verifica-se a aplicação da teoria da *faute du service*, que, como sabido, também baseia-se na culpa, que, contudo, é presumida.

Os julgados analisados sobre o tema específico da segurança pública, mais especificamente sobre as chamadas “balas perdidas”, demonstram que o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da *faute du service*. Tal fato pode ser facilmente percebido pela leitura do voto do eminente Ministro Francisco Falcão, relator dos recursos especiais 893.441/RJ⁵⁶ (também do Rio de Janeiro) e 819.789/RS,⁵⁷ ambos tratando de indenizações pela omissão do Estado no tocante à segurança pública, cujos danos foram lesão ou morte de administrados vítimas de “balas perdidas”.

Destaca-se também que o entendimento no STJ é realizado a partir do Código Civil, artigo 43, ou seja, já com a leitura que se faz da novel legislação, que, com menor amplitude, acompanhou, como não poderia ser diferente, o preceito constitucional insculpido no artigo 37, § 6º, CF.

O Ministro Francisco Falcão no REsp 893.441/RJ, em consubstancioso voto, colaciona: doutrina administrativa de Meirelles e Bandeira de Melo; doutrina civilista de Cavalieri Filho e Stoco; e ainda julgados do Supremo Tribunal Federal, concluindo que a teoria que deve ser aplicada é mesmo a da *faute du service*.

Em outra ocasião, mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça, agora tratando de responsabilidade do Estado por omissão quanto à fiscalização da Administração Pública no tocante ao excesso de entulho à margem de rodovia que veio a cair sobre residência próxima, aplicou a teoria da culpa anônima. Desta vez, o voto exarado pela Ministra Eliana Calmon, também conclui pela aplicação da teoria da falha do serviço, não obstante reconhecer a divergência doutrinária sobre o tema, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO – QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA.

1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

⁵⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 893.441/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 08/03/2007.

⁵⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 819.789/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 25/05/2006.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto.

4. Recurso especial improvido.⁵⁸

No dispositivo, a eminente Ministra não deixa dúvida quanto à aplicação da teoria da falta do serviço:

Portanto, tendo em vista as considerações acima e o fato de que restou consignado no acórdão do Tribunal de origem que a autora não se desincumbiu de provar a culpa do Estado, consubstanciada na falta do serviço, falha do serviço ou culpa no serviço, deve ser mantido o aresto recorrido.⁵⁹

Em recentíssimo julgado, cujo acórdão ainda não foi publicado, mas que, contudo, já se encontra disponível o voto-vencedor do Ministro Teori Zavascki,⁶⁰ a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por maioria, que não haveria nexo causal entre a disparo dado por menor foragido há uma semana de estabelecimento destinado a cumprimento de medida sócio-educativa e a morte decorrente desta “bala perdida”, seguindo a já comentada jurisprudência do STF, quanto à imediação temporal, que, no caso, não ocorreu, haja vista que o dano aconteceu uma semana após a fuga do menor.

Não obstante esta conclusão, ressalta-se o brilhante voto-vencido do Ministro Luiz Fux que analisou aspectos como a dignidade da pessoa humana, finalizando seu entendimento com a aplicação da teoria da falha do serviço.

Conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da *faute du service* quanto à responsabilização do Estado por omissão na área de segurança pública, como não deixa dúvida a análise dos julgados acima pesquisados.

Constata-se também que os acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, grande maioria dos casos de omissão estatal na área de segurança pública, são reformados pelo Superior

⁵⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.

⁵⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.

⁶⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858.511/DF. Rel. para acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/12/2007.

Tribunal de Justiça, justamente por não acatar a responsabilidade objetiva quando ocorre a omissão do Estado.

2.2.2 No Supremo Tribunal Federal

A partir dos estudos demonstrados acima, pode-se afirmar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado encontra-se presente nas constituições brasileiras desde 1946. Contudo, é de se notar que apenas a partir de 1988 os acórdãos que concluem pela aplicação da responsabilidade objetiva do Estado em casos omissivos na área de segurança pública apresentam-se mais numerosos, dados, que segundo Pinto⁶¹ “são indicativos de uma tendência de modificação no quadro da jurisprudência nos próximos anos, com previsível enfraquecimento da corrente subjetivista.”

O marco da aplicação da responsabilidade objetiva em omissões do Estado ocorre no julgamento do RE 109.615/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, em que um aluno desferiu uma pedrada em outro, cegando-lhe de um olho. A ementa pela didática e limpidez merece ser colacionada:

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.⁶²

⁶¹ PINTO, Helena Elias. 2008, p.161.

⁶² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 109.615/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 02/08/1996.

Nota-se que, não só pela ementa, mas principalmente, pela leitura do voto, que o Ministro Celso de Melo adota a responsabilidade objetiva do Estado pela omissão quanto à proteção do aluno da rede pública, sem qualquer rodeio, afastando também, a defesa mais típica do Estado nesses casos que é justamente a excludente do nexo causal do fato de terceiro, no caso o colega de classe da vítima.

Ressalte-se ainda a importância deste julgado para a doutrina e jurisprudência nacionais, haja vista que é tido como o paradigma de responsabilidade objetiva em casos omissivos do Estado, citado por diversos outros acórdãos dos diversos tribunais brasileiros.

Um caso comum na jurisprudência do STF, especificamente quanto à segurança pública, é a questão da responsabilidade do Estado pelos danos causados por presos foragidos a terceiros. Nesses casos, levou-se em consideração a imediação temporal para se avaliar se houve ou não nexo de causalidade entre a fuga do preso e o dano ao terceiro, fato que demonstra mais uma vez a importância da análise do nexo de causalidade, bem como da teoria da causalidade imediata, anteriormente explicitada, para se configurar a responsabilidade estatal, ainda mais em casos de omissão.

Em um caso de fuga de detento, também oriundo do Estado do Rio de Janeiro, onde a segurança pública demonstra-se, como mostrado pela mídia, bastante ineficaz, o Supremo Tribunal Federal responsabilizou objetivamente o Estado pelo assassinato de desafeto do presidiário foragido, tendo em vista a omissão do Estado quanto à guarda do preso, ou seja, matéria eminentemente de segurança pública.

Trata-se do RE 136.247/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que ao fundamentar seu brilhante voto, destaca, mais uma vez, um ponto que é bastante comum da razão de decidir dos acórdãos semelhantes a este, qual seja, a imediação temporal entre a fuga e os danos praticados pelos presidiários, sendo que, nesse caso, o homicídio ocorreu em seguida à fuga, levando o eminente julgador a fixar a existência do nexo causal entre a conduta omissiva e a lesão.

A ementa deste julgado asseverou:

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso – atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição.⁶³

⁶³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 136.247/RJ. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, **Diário da Justiça**. 18/08/2000.

Em outro julgamento, o Supremo, novamente analisando a questão da imediação temporal, entre a fuga presos e o dano ocasionado, confirma o posicionamento acima trazido, pois no caso os presos durante a fuga abalroaram veículo particular, causando danos materiais ao seu proprietário. Ressalta-se a lúcida passagem do voto do Ministro Ilmar Galvão:

Não se tratando, no caso, de dano causado nas condições indicadas nos dois precedentes, mas durante o próprio ato da fuga, torna-se manifesta a presença do nexos causal e, em consequência, a responsabilidade civil do Estado, que tem por objetivo o dever de reparar o dano patrimonial sofrido pelo recorrido.⁶⁴

Relembre-se que, nestas situações, como colocado alhures, até mesmo Bandeira de Mello,⁶⁵ a maior influência doutrinária sobre o tema, possui lição defendendo que, nos casos de danos dependentes de situação produzida por situação diretamente propiciada pelo Estado, este responde objetivamente.

Pensamento que se encaixa perfeitamente às situações narradas, pois havendo a imediação temporal, existirá uma situação propiciada diretamente pela omissão do Estado, que se perfaz na fuga do presidiário que ocasiona o dano, devendo aquele responder objetivamente.

Mais recentemente, o Ministro Celso de Melo, asseverou que na omissão estatal a responsabilidade não pode ser outra, se não a objetiva. Este entendimento foi dado na Suspensão de Tutela Antecipada 223, na qual a responsabilidade objetiva do Estado por omissão na área de segurança pública ficou caracterizada, tendo em vista que o requerente teria ficado tetraplégico em virtude de disparo de arma de fogo após assalto em via pública.

O acórdão ainda não se encontra publicado, contudo no Informativo número 502 do Supremo Tribunal Federal a notícia foi trazida com o seguinte texto:

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se

⁶⁴ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 163.147/SP. Rel. Ministro Ilmar Galvão, **Diário da Justiça**, 13/02/1998.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.985-88.

demitir das conseqüências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade. Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁶

Neste caso, mais uma vez percebe-se que a decisão pela aplicação da responsabilidade objetiva advém da contumaz ausência do Estado na área de segurança pública, situação que proporciona diretamente a ação que gera o dano.

Não obstante os julgados acima citados, há também, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, aqueles que adotam a teoria da *faute du service*, quando o dano é causado por omissão do Estado, acarretando a responsabilidade subjetiva, sendo a culpa presumida.

Dentre outros, pode-se destacar o entendimento exarado no RE 382.054/RJ, mais uma vez do Estado do Rio de Janeiro, no qual o Ministro Carlos Velloso, grande defensor da responsabilidade subjetiva nos casos omissivos, assevera na própria ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.

I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa

⁶⁶ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na STA 223/PE. Rel. para acórdão Ministro Celso de Mello, julgamento em 14/04/2008, **Informativo**, nº 502/STF.

de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. – A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. – Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.

IV. – RE conhecido e provido.⁶⁷

Dessa forma, tudo indica que ainda há uma confusão do próprio Excelso Pretório quanto à classificação da responsabilidade civil do Estado na omissão, uma vez que, ora os julgados possuem como fundamento a teoria da *faute du service*, ora na teoria do risco administrativo e, portanto, na responsabilidade objetiva.

Contudo, podemos concluir, utilizando-se da vasta e completa pesquisa de Pinto, cuja pesquisa lhe rendeu o título de doutora pela Universidade Gama Filho e também a publicação de obra doutrinária, da qual se extrai os seguintes trechos conclusivos sobre a jurisprudência do STF:

A partir da análise do conjunto de acórdãos que constitui o universo da pesquisa, é possível constatar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido as insuficiências da doutrina tradicional, já desveladas pela parte da doutrina que defende a unificação do tratamento da responsabilidade por ação e por omissão.

[...]

Ao menos quatro fatores são indicativos de que a responsabilidade objetiva deverá prevalecer na jurisprudência da Suprema Corte nos próximos anos.

O primeiro indicativo decorre da análise do gráfico 1. Salta aos olhos a força com que a corrente objetivista desponta a partir da Constituição de 1988, projetando uma expectativa de crescimento de sua presença na jurisprudência nas próximas décadas.

O segundo fator decorre da própria releitura do tema propiciada pela revogação da norma em que se fundamentava a doutrina subjetivista – o art. 15 do Código Civil de 1916.

[...]

O terceiro fator é decorrência da renovação da composição do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 382.054/RJ. Rel. Ministro Carlos Velloso, *Diário da Justiça*. 01/10/2004.

[...]

Por fim, um quarto fator pode ser identificado no próprio contexto da produção doutrinária em que se insere o direito administrativo na contemporaneidade, em diálogo com o direito constitucional e o direito civil.⁶⁸

Destarte, fica demonstrado que todos os caminhos, doutrina, legislação e jurisprudência, levam à seguinte conclusão: a responsabilidade objetiva do Estado, principalmente na área de segurança pública, haja vista a omissão estatal contumaz em prover este dever, vem prevalecendo e, dentro em breve, não haverá mais espaço para divergências, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

3 Outros fatores determinantes quanto à necessidade de unificação da responsabilidade civil extracontratual do Estado como objetiva

3.1 Constitucionalização do direito civil e interpretação sistemática

A Constituição Federal como a “lei das leis” deve ocupar sempre o lugar máximo quando se pretende analisar qualquer instituto jurídico, ou seja, deve ser aplicado o princípio da supremacia da Constituição.

No caso específico da responsabilidade do Estado, há preceito explícito na Lei Maior, que, aliás, como já dito dezenas de vezes, determina a objetivação da responsabilidade do Poder Público.

Assim sendo, cabem aos outros ramos jurídicos adaptarem-se aos preceitos constitucionais, e, foi assim que fez o Código Civil, em seu artigo 43, pois, certamente, buscou na Constituição os princípios da solidariedade e da igualdade para defender o administrado das operações danosas do Poder Público.

Nesse aspecto, bem colocou Stolze, prelecionando que:

Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.⁶⁹

⁶⁸ PINTO, Helena Elias. 2008, p.228-33.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, vol. I, p.48.

Princípios, que no pensar de Luís Roberto Barroso:

Espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.⁷⁰

Nesse contexto, surge a necessidade de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que deságua na responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão como sendo objetiva, haja vista que, os ramos do Direito envolvidos são uníssonos em determinar, ao menos na legislação, pela unidade da responsabilidade objetiva.

A interpretação sistemática torna-se a mais adequada, tendo-se em vista que, como colocado durante toda a pesquisa, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Civil, apesar de entendimentos não unânimes, formam a base para explicar a responsabilidade estatal.

Mas, o que seria exatamente a interpretação sistemática? Diniz conceitua esta modalidade, como sendo a interpretação que:

Considera o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras concernentes ao mesmo objeto, pois por uma norma pode-se desvendar o sentido de outra. Isto é assim porque o sistema jurídico não se compõe de um só sistema de normas, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio.⁷¹

Destarte, necessário também que, a partir da interpretação sistemática, as normas integrem-se formando um sistema perfeito, sem antinomias, e assim acontece com a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão, haja vista que, seja na Constituição, seja no Código Civil, ambos trazem a mesma idéia, construindo uma sólida e eficaz interdisciplinaridade jurídica.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *in*: **A nova Interpretação Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.29-30.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. 2003, p.65.

Ademais, a máxima da hermenêutica jurídica deve ser aplicada: havendo dúvida sobre a aplicação de determinado direito, deve o intérprete ampliá-lo, dando maior proteção ao bem protegido.

3.2 Salvaguarda dos direitos fundamentais e princípio da dignidade da pessoa humana

Em continuidade e para respaldar o entendimento trazido no capítulo anterior, necessário faz-se pontuar e equacionar alguns pontos sobre o tema estudado.

Primeiramente, cabe a pergunta: a segurança pública seria um direito fundamental? A resposta é afirmativa, pois está contida no artigo 5º da Constituição Federal de 1998, e, principalmente, encontra-se no artigo 144, que, explicitamente, prevê a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, além de estar presente também no artigo 6º da Constituição Federal de 1998.

Assim sendo, perfeitamente possível tratá-lo como direito fundamental, protegido pelo Estado como cláusula pétrea, tamanha sua importância na vida social.

Indo um pouco além, pode-se afirmar que responsabilizar o Estado nos casos omissivos na área de segurança pública objetivamente é resguardar a dignidade da pessoa humana, que pode ser assim colocada:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.⁷²

E para que a dignidade da pessoa humana seja defendida, inafastável também uma melhor justiça social com ampliação do acesso à justiça, como traz Giordani ao tratar da necessidade de unificação da responsabilidade estatal em objetiva:

Verifica-se, assim a necessidade premente de simplificar o direito em matéria de responsabilidade civil, mediante uma exegese em favor da responsabilidade objetiva, visando seu convívio com a responsabilidade civil subjetiva que, sem dúvida, não deve ser excluída do sistema legal, porém, por outro lado, não pode mais, diante da realidade contemporânea e dos anseios de

⁷² BARROSO, Luís Roberto. 2006, p.38

uma melhor justiça social, partindo da ampliação do acesso à justiça, continuar tendo a representatividade de um sistema prevalente em relação à responsabilidade objetiva, bem mais adequada à solução dos conflitos de interesses dos novos tempos. Tal postura, que estaria em atraso de mais de um século desde a concepção das idéias pertinentes à instituição da responsabilidade civil objetiva em prol de um melhor acesso à justiça, representaria uma grande contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional, o que tornaria a justiça mais acessível, principalmente aos desfavorecidos, contribuindo para o Estado democrático de direito.⁷³

Nota-se assim que a aplicação constitucional da responsabilidade objetiva do Estado nos casos omissivos não se encontra disciplinada apenas no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também na exegese de diversos outros artigos e preceitos insculpidos na Lei Maior.

3.3 Princípios da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica

Inegável que o princípio da legalidade deve ser exaltado quando se busca a reparação de dano ocasionado pela omissão estatal no seu dever de prestar segurança aos cidadãos, pleiteando a responsabilidade objetiva do Estado. A Lei Maior assim previu; o Código Civil da mesma forma.

Ressalte-se ainda que a Administração Pública, diferentemente dos particulares, nada pode fazer senão em virtude da lei. Assim, quando esta é violada, caracterizada a sua responsabilidade e conseqüentemente a necessidade de ressarcir aquele que sofreu a lesão.

Ademais, também não pode se esquecer do princípio da igualdade, pois sendo o Estado o provedor de serviços públicos, dentre eles, a segurança pública, serviço este prestado a todos, deve ele, quando houver falha neste serviço, indenizar aquele que foi lesado, a partir de uma verdadeira socialização do risco, pois qualquer um poderia ter sofrido uma lesão, sendo que, todos, na pessoa do Estado, devem contribuir para que o dano seja reparado.

Além disso, não se pretende com a defesa de que a responsabilidade estatal por atos omissivos deva ser objetiva, que o Estado torne-se o segurador universal, mas sim que nos casos em que, presentes os elementos configuradores da responsabilidade objetiva, esta seja aplicada.

⁷³ GIORDANI, José Acir Lessa. **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.70.

O que se pretende é prevalência da segurança jurídica do jurisdicionado, pois, caso venha a necessitar do Poder Judiciário em demanda contra o Estado por dano oriundo por conduta omissiva, este sujeito tenha a certeza de que sua lesão será reparada, pois indesejável que, quando alguém procure defender seus interesses, receie que a demanda não surtirá efeito, pois as decisões para o mesmo tipo de lide podem tomar rumos totalmente diversos.

Conclusão

A responsabilidade civil do Estado passou por diversas transformações teórico-doutrinárias, legais e jurisprudenciais no decorrer das últimas décadas.

No campo doutrinário encontra-se a maior resistência à aplicação da responsabilidade objetiva por omissão do Estado, contudo a doutrina do Direito Administrativo, que é a mais dividida, dirige-se também para a aplicação da responsabilidade objetiva, sobretudo, quando a situação envolve a segurança pública, nesse tocante, até mesmo Bandeira de Mello, um dos mais fervorosos defensores da responsabilidade subjetiva, sob o viés da culpa anônima, a partir de casos relacionados com o dever de segurança do Estado, queda pela objetivação da responsabilidade nos casos em que a Administração Pública propicia diretamente a situação que causa o dano.

Os civilistas também vêm aderindo à responsabilidade objetiva do Estado para as condutas comissivas ou omissivas, principalmente, após o advento do Código Civil de 2002, modelado pelos princípios da eticidade e da solidariedade, com o objetivo de alcançar a máxima proteção do indivíduo. Dentre eles, destaca-se Cavaleri Filho, que, com a sua completa obra sobre o tema, também defende a responsabilidade objetiva nos casos de omissão específica do Estado, que, nas devidas proporções, muito se aproxima da tese de Bandeira de Mello, quando trata dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.

Os constitucionalistas pesquisados sequer adentram na divergência instaurada entre responsabilidade por omissão ou comissão, tratando ambas de forma objetiva.

Quanto à legislação, destaca-se que, desde a vigência da Constituição Federal de 1946, a responsabilidade objetiva é a regra única, não havendo qualquer distinção na questão da conduta, se omissiva ou comissiva.

O Código Civil, por questões legislativas, ou melhor, pela demora de sua aprovação, proporcionou décadas de atraso da legis-

lação civilista, haja vista que o Código Civil de 1916 possuía outro entendimento sobre o Direito Civil, arraigado no individualismo e no subjetivismo, princípios diametralmente opostos à solidariedade trazida pelo novo Código Civil e também à aplicação de uma responsabilidade predominantemente objetiva neste novel Codex.

A jurisprudência, principal balizadora da responsabilidade civil do Estado por omissão na área de segurança pública, ainda é bastante divergente, causando perplexidade nos administrados e nos aplicadores do Direito, uma vez que não há segurança jurídica quando uma ação é proposta para pleitear indenização do Estado, pois mesmo o Supremo Tribunal Federal adota correntes diferentes em seus julgados, ora pela aplicação da responsabilidade objetiva, ora pela culpa anônima.

Contudo, há que se concluir que a tendência é a aplicação da responsabilidade objetiva, sobretudo nos casos de segurança pública.

Ademais, não bastassem esses fatores para concluir que na omissão do Estado no seu dever de segurança a responsabilidade deve ser objetiva, outros elementos proporcionam tal conclusão, que são: a proteção do direito fundamental à segurança; o princípio da igualdade, haja vista que os serviços públicos são prestados à toda coletividade, assim, uma vez falho, toda a sociedade, na pessoa do Estado, deve arcar com o dano; e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, conclui-se que a unificação da responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão como objetiva, especialmente na área de segurança pública, deve prevalecer, seja a partir da interdisciplinaridade entre o Código Civil e a Constituição Federal, advinda de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, seja pela tendência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, e ainda com fundamento em outros fatores como a máxima proteção jurídica, a dignidade da pessoa humana, os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da legalidade, ou ainda pelo simples fato de se pensar na segurança pública como dever do Estado e direito fundamental do administrado.

Referências

- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 262.651/SP. Rel. Ministro Carlos Velloso, **Diário da Justiça**, 24/11/2004.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 109.615/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, **Diário da Justiça**, 02/08/1996.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 136.247/RJ. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, **Diário da Justiça**, 18/08/2000.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 163.147/SP. Rel. Ministro Ilmar Galvão, **Diário da Justiça**, 13/02/1998.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na STA 223/PE. Rel. para acórdão Ministro Celso de Mello, julgamento em 14/04/2008, **Informativo nº 502/STF**.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 382.054/RJ. Rel. Ministro Carlos Velloso, **Diário da Justiça**, 01/10/2004.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 893.441/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 08/03/2007.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 819.789/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 25/05/2006.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858.511/DF. Rel. para acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/12/2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teórico e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) **in A nova Interpretação Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007..

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10.ed. 4 tiragem revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. I.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. vol. I.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 18 jun. 2008.

- GIORDANI, José Acir Lessa. **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9.ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil e a interpretação pelos Tribunais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Feder**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado - Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, He-loísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. I.

Políticas de responsabilidade socioambiental nos bancos: indutoras do desenvolvimento sustentável?

Maria de Fátima Cavalcante Tosini

*Analista do Banco Central do Brasil em São Paulo
Mestre em Desenvolvimento Econômico pela Unicamp*

Elvira Cruvinel Ferreira Ventura

*Analista do Banco Central do Brasil no Rio de Janeiro
Doutora em Administração pela
Fundação Getúlio Vargas*

Luciana Graziela Araújo Cuoco

*Analista de Risco da GE Money em
Melbourne (Austrália)
Graduada em Ciência da Computação pela Unicamp
Pesquisadora Autônoma em Finanças Sustentáveis*

RESUMO

O artigo analisa de que maneira as políticas de Responsabilidade Socioambiental (RSA) dos bancos podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. Para tanto, o artigo traz uma abordagem teórica do movimento pela responsabilidade socioambiental, contextualizando-o em novo ambiente institucional. Além disso, traçou-se um histórico do envolvimento dos bancos com as questões sociais e ambientais, tanto no Brasil quanto no mundo, a fim de entender como essas instituições chegaram à adoção de políticas de Responsabilidade Socioambiental como fator estratégico de seus negócios, particularmente em dois grupos de produtos: operações de crédito e de investimentos. Conclui-se também que os bancos, como canalizadores e aplicadores de recursos para o setor produtivo, ao adotarem uma política de Responsabilidade Socioambiental, estarão não apenas mitigando seus riscos de negócio e aproveitando oportunidades, mas favorecendo o movimento pela Responsabilidade Socioambiental junto a seus parceiros financeiros. Isso mostra que a Responsabilidade Socioambiental dos bancos tem efeito multiplicador, tornando-os agentes indutores do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Responsabilidade Socioambiental. Banco. Setor financeiro. Desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT

This article analyzes how policies of social and environmental responsibility (SER) of banks can be inducers of sustainable development. The article brings a theoretical approach of SER movement from a perspective of the new institutional environment. With regards to the financial sector, a historical of banks involvement in social and environmental issues was delineated, in Brazil and in the world, in order to understand how these institutions achieve the adoption of SER policies as a strategic factor of their business, specifically in two groups of products: credit operations and investments. In addition, it concludes that banks, as catalysts and channels of resources for productive sector, are not only mitigating their business risks and taking opportunities when they adopt a SER police, but also stimulating the SER movement in their financial partners. This shows that the social and environmental responsibility of these institutions has multiplier effect, making them inducer players of sustainable development.

Keywords: Social and environmental responsibility. Bank. Financial sector. Sustainable development.

Introdução

A divulgação de pesquisas científicas sobre o aquecimento global tem despertado a atenção da sociedade e parece ter catalisado a superação do velho paradigma de que a preocupação ambiental implica em obstáculo ao desenvolvimento econômico.¹ Aumentasse, assim, a preocupação com o desenvolvimento sustentável, usualmente definido como aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de satisfação de necessidades das gerações futuras. Isso implica em perseguir um desenvolvimento que gere ganhos sociais e econômicos com o mínimo de dano ao meio ambiente.

Nesse contexto, o Estado como indutor desse desenvolvimento parece impotente, uma vez que essa discussão já está na agenda política de diversos países, principalmente depois da Rio-92 – onde foi lançada a Agenda 21, que estabeleceu diretrizes básicas para o desenvolvimento sustentável a serem introduzidas no planejamento estratégico das nações.

Por outro lado, a sociedade, incluindo os investidores, tem induzido as empresas a agregarem variáveis ambientais e sociais em seus *core business*. Com isso, rompendo paradigmas preconizados por teorias econômicas ortodoxas, de que as questões sociais e

¹ JANTALIA, Fabiano. O papel dos bancos no desenvolvimento sustentável do país. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 21 de março de 2007.

ambientais são externalidades e, portanto, não fazem parte do negócio das empresas.

Quando o tema envolve agentes deficitários – empresas – e agentes superavitários – investidores – os grandes intermediadores de recursos financeiros – os bancos – acabam obrigatoriamente se inserindo na discussão.

Nessa lógica, o objetivo do artigo é analisar de que maneira as políticas de Responsabilidade Socioambiental (RSA) das instituições bancárias podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. Para tanto, foi traçado histórico da introdução das variáveis sociais e ambientais nos negócios dessas instituições, analisadas as grandes motivações para isso e sua atuação como indutoras do desenvolvimento sustentável.²

O papel desempenhado pelas instituições financeiras é fundamental para viabilizar qualquer tipo de crescimento, uma vez que elas funcionam como canalizadoras de recursos financeiros necessários aos investimentos. Tais recursos podem ser oriundos tanto do patrimônio dos bancos – via mercado de crédito – ou de outros investidores – via mercado de capitais. Nas duas situações, os bancos podem exercer grande papel indutor para o desenvolvimento sustentável.

Em relação aos aspectos metodológicos da pesquisa, o artigo baseia-se em dois estudos das autoras sobre a relação dos bancos com questões sociais e ambientais. O primeiro investigou os riscos ambientais para os bancos e o segundo a institucionalização da responsabilidade social nos bancos no Brasil. Os dois estudos tiveram em comum a preocupação em se delinear o potencial papel indutor dos bancos para o desenvolvimento sustentável. Ambos contaram com ampla pesquisa de campo, somando seis dezenas de entrevistas em profundidade com atores representativos do segmento bancário e do mercado financeiro, em cerca de 25 instituições, entre os anos de 2003 e 2006. Dessa forma, o artigo baseia-se nesses estudos, em discussões com atores do segmento bancário sobre a questão e na sistemática observação e participação em relação ao desenvolvimento do papel indutor dos bancos no desenvolvimento sustentável no Brasil e no mundo.

Para efeitos do artigo, os termos responsabilidade social empresarial (RSE), responsabilidade socioambiental (RSA), responsabilidade corporativa e sustentabilidade são utilizados como sinônimos. Todos sinalizam a disposição da empresa em lidar com (se inserir em) questões sociais e ambientais de modo geral, que desembocam em contribuições ao desenvolvimento sustentável. O que

² Este artigo foi originalmente apresentado no **X Encontro Nacional de Gestão Empresarial e Meio Ambiente** (ENGEMA). Porto Alegre, novembro de 2008.

ocorre, na prática, é que a terminologia (discurso) vai sendo alterada, conforme o enfoque que se quer evidenciar em determinado contexto/momento: por exemplo, na década de 80, prepondera o termo compromisso social; na década de 90, o termo passa a (e se consagra como) responsabilidade social; a partir do ano 2000, encontra-se mais comumente os termos responsabilidade socioambiental, responsabilidade corporativa e sustentabilidade.^{3 4}

1 O fenômeno da responsabilidade socioambiental empresarial

O conceito de responsabilidade social não é novo.⁵ Porém, não se chegou a um consenso sobre seu significado e limites, uma vez que é amplo⁶ e ainda objeto de disputa.⁷ As definições para o conceito, conquanto todas guardem tom normativo, variam de acordo com o contexto histórico e social em que são formuladas e, sobretudo, em função dos interesses e da posição ocupada no espaço social pelo grupo que as formula. Porém, segundo Kreitlon,⁸ muitas definições buscam se estabelecer como gerais e consensuais, embora sejam a expressão de interesses particulares e específicos – quando uma definição prevalece no espaço social, indica que outras foram derrotadas. Apesar disto, de acordo com a autora, existe um “consenso mínimo” quanto ao fato de que uma empresa socialmente responsável deve: reconhecer o impacto que suas atividades causam sobre a sociedade na qual está inserida; gerenciar os

³ VENTURA, Elvira C.F. **Dinâmica da institucionalização de práticas sociais:** estudo da responsabilidade social no campo das organizações bancárias. 2005. 351f. Tese (Doutorado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, 2005.

⁴ VENTURA, Elvira C.F. **Responsabilidade social em instituições financeiras:** a institucionalização da prática nos bancos no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. *No prelo*.

⁵ ASHLEY, Patrícia (coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. BOWEN, Howard. *Responsabilidades sociais do homem de negócios.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1953.

⁶ VENTURA, Elvira C.F. **Responsabilidade social das organizações:** estudo de caso no Banco Central do Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública/Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: EBAP/ FGV, 1999.

⁷ CHEIBUB, Zairo; LOCKE, Richard. Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas. In: Kirschner, Gomes e Cappellin (orgs.). **Empresa, empresários e globalização.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: FAPERJ, 2002.

⁸ KREITLON, Maria Priscilla. Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28., 2004, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Anpad, 2004.

impactos econômicos, sociais e ambientais de suas operações, tanto ao nível local como global; e, realizar esses propósitos por meio do diálogo permanente com suas partes interessadas, às vezes em parcerias com outros grupos e organizações.⁹

A discussão sobre responsabilidade social empresarial tem início nos anos 70, a partir da publicação do artigo de Milton Friedman, “*The social responsibility of business is to increase its profits*”, no *New York Times*,¹⁰ em que apregoa que a única responsabilidade social da empresa deveria ser com seu acionista. Desse confronto de idéias emerge o pensamento de que as empresas deveriam responder a obrigações mais amplas do que a de simplesmente gerar lucro para os acionistas. Segundo Kreitlon, “cresce uma atmosfera ‘antinegócios’ que inquieta o meio corporativo – e é então que tem início o verdadeiro debate sobre a responsabilidade social das empresas.”¹¹

No final dos anos 70, segundo a autora, novas teorias organizacionais, menos gerencialistas que as anteriores, favorecem uma percepção da empresa como entidade moral. A idéia de responsabilidade individual dá lugar a uma responsabilidade corporativa, passando de uma perspectiva individualista para uma perspectiva organizacional, que transcende à mera agregação das ações dos sujeitos.¹² Ao final desse período, a idéia de responsabilidade dissocia-se progressivamente da noção de filantropia, passando a referir-se às conseqüências do negócio em si da empresa. Consubstancia-se, então, a RSE, passando a empresa a ser vista como um ator estratégico para a sociedade.

Paralelamente, emerge o debate sobre os problemas ambientais oriundos das atividades econômicas das empresas. Nesse sentido, em 1987, o Relatório *Brundtland* lança o conceito de “desenvolvimento sustentável”, que pretende conciliar desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUCED), a Rio-92, endossa o conceito, que combina aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica.

O debate acerca dos problemas ambientais tem se acirrado nas duas últimas décadas em decorrência de relatórios científicos sobre os problemas - aquecimento global, destruição da camada de ozônio, devastação de florestais tropicais. Diante da falta de ações con-

⁹ KREITLON, 2004.

¹⁰ FRIEDMAN, M. The social responsibility of business is to increase its profits. **New York Times Magazine**, setembro, 1970.

¹¹ KREITLON, 2004, p.5.

¹² KREITLON, 2004.

cretas por parte dos governos locais, bem como da falta de políticas internacionais para solução dos problemas, a sociedade vem criando redes de pressão sobre as corporações para que estas se posicionem no mercado de forma socioambientalmente mais amigável. Este é o pano de fundo necessário para o entendimento do surgimento e disseminação do movimento pela responsabilidade socioambiental no Brasil, objeto do próximo item.

2 RSA no Brasil e os líderes no movimento

Se comparado com alguns países do hemisfério norte, no Brasil a propagação da idéia de responsabilidade social das empresas é mais recente.¹³ Mas, a difusão da terminologia *Responsabilidade Social Empresarial* aparece somente no final da década de 90, abrindo um novo conjunto de questões e desafios, não somente para os gerentes, mas para os negócios em geral. Deve ser ressaltado que a terminologia vai sendo alterada, conforme o enfoque que se quer evidenciar. Nas últimas décadas, muitas organizações suscitaram o debate sobre a Responsabilidade Socioambiental e a conduziram no Brasil. Segundo Cappellin e Giuliani,¹⁴ nos anos 80, as associações empresariais brasileiras passaram a incentivar seus associados, fornecendo recursos econômicos e humanos, a expandir suas atividades filantrópicas para mostrar sua consciência social. Assim, entre outros institutos e associações pioneiros na orquestração dos interesses da iniciativa empresarial brasileira por questões sociais e de cidadania, destacam-se: a Fundação Instituto de Desenvolvimento Empresarial e Social (Fides), fundada em 1986; a Câmara Americana de Comércio de São Paulo (Amcham/SP), que promove o conceito de cidadania corporativa, promovendo ações sociais nas comunidades locais por meio do setor privado; o Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), formado também em São Paulo, em 1987, que deu novo tom à discussão, propondo dar prioridade aos interesses nacionais, em detrimento dos industriais; e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife), criado formalmente em 1995, ao discutir filantropia, promove a reciprocidade e a responsabilidade dos negócios para com a sociedade, incentivando o trabalho conjunto com o Estado, a fim de diminuir a desigualdade. De diferentes maneiras, segundo Cappellin & Giuliani, estes cinco grupos sugerem que a iniciativa privada pode colaborar com as funções do Estado.¹⁵

¹³ ASHLEY, 2005.

¹⁴ CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. **The political economy of corporate social and environmental responsibility in Brazil**. Rio de Janeiro: UNRISD/UFRJ. novembro de 2002.

¹⁵ CAPPELLIN; GIULIANI, 2002.

Mas, na década de 90, as empresas e suas associações passam a incorporar demandas sociais a seus objetivos de modo mais sistemático, introduzindo novos modelos de relacionamento – uma visão mais abrangente, em que perde espaço o discurso filantrópico para um novo modo de organizar a gestão empresarial. Assim, propaga-se, em um intervalo de tempo relativamente pequeno, o conceito e as idéias relacionadas a RSE, mobilizando inclusive a opinião pública nesse processo.¹⁶

Com o incremento da parceria entre Estado e Sociedade na década de 90, a fim de reduzir a desigualdade social, há crescimento do chamado Terceiro Setor no Brasil. Do ponto de vista empresarial, aumenta o número de fundações ou ONGs associadas a projetos na esfera social. Nesse quadro, outras organizações, objetivando fazer a junção entre interesses comerciais e socioambientais, foram sendo fundadas ao longo das últimas duas décadas. Agregado ao crescimento verificado do Terceiro Setor, principalmente depois da Conferência Rio-92, essas organizações viabilizaram as parcerias entre os diferentes setores. Paoli¹⁷ considera a Fundação Abrinq a primeira entidade empresarial a organizar-se para ação social nos moldes de uma nova filantropia “cidadã”.

Assim, as ONGs desempenharam papel relevante na disseminação do fenômeno da Responsabilidade Social, merecendo destaque o trabalho efetuado pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), em sua Campanha pelo Balanço Social, a partir de 1997. Ao incentivar a publicação do balanço social, que tem o propósito de evidenciar as práticas sociais e ambientais das empresas, o Ibase disseminou e incentivou a inserção das empresas no movimento pela Responsabilidade Socioambiental, impulsionando sua institucionalização.¹⁸

No meio empresarial merece destaque o trabalho desenvolvido pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, criado em 1998. Por meio de sua atuação, a sociedade passa a conhecer, envolver-se e exigir das empresas um posicionamento sobre as questões sociais. O Instituto Ethos e o Ibase podem ser considerados líderes no movimento pela responsabilidade social no Brasil.¹⁹

Ao final da década de 90, a Responsabilidade Socioambiental, e principalmente os investimentos em programas sociais, passou a

¹⁶ CAPPELLIN; GIULIANI, 2002.

¹⁷ PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. cap.8. In: SANTOS, Boaventura dos (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

¹⁸ VENTURA, 2005.

¹⁹ VENTURA, 2005.

ser uma questão de debate público,²⁰ passando mesmo a se tornar, gradativamente, um valor para a sociedade. Nesse sentido, muitas empresas buscaram aumentar sua visibilidade na promoção de iniciativas sociais, seja com a criação de departamentos específicos voltados a essa atividade, seja pela criação de institutos ou fundações com esse objetivo específico.²¹ No aspecto ambiental, o que se observa é que, similarmente a outros países, diferentes setores sociais no Brasil, após o Relatório *Brundtland*, de 1987, passaram a ser mais críticos quanto ao uso dos recursos naturais. As mudanças na esfera legal tomaram maior impulso com a Constituição Federal de 1988, ao incluir capítulo sobre o meio ambiente e favorecer a criação de órgãos nessa área. A Conferência Rio-92, onde é construída a Agenda 21, abre também mais um caminho para criação de um ambiente institucional favorável às iniciativas do setor público e privado para promoção do desenvolvimento sustentável.

Assim, os crescentes debates sobre os problemas ambientais associados ao ambiente institucional – a legislação ambiental, as agências reguladoras, as pressões da sociedade civil por meio das ONGs ambientalistas –, direcionaram as empresas à incorporação dessas questões às suas políticas de Responsabilidade Social. Mas, na atual década, as empresas passam a incorporar objetivos sociais e ambientais nos negócios, trazendo a questão da sustentabilidade para dentro da estratégia da empresa, principalmente porque o mercado sinalizou – e os empresários perceberam rapidamente – que um negócio sustentável pode também agregar valor econômico à empresa.

3 Responsabilidade socioambiental no sistema financeiro

Secularmente, a atividade bancária é mal vista pela sociedade: usura e especulação, por exemplo, são palavras historicamente e pejorativamente associadas ao negócio bancário, conferindo-lhe um papel de vilão na sociedade.^{22 23}

A preocupação do setor financeiro com questões sociais e ambientais surgiu com os chamados investidores socialmente responsáveis. A história mostra que, há centenas de anos, já existiam investidores escolhendo investimentos sob critérios sociais, com base

²⁰ CAPPELLIN; GIULIANI, 2002.

²¹ VENTURA, Elvira C.F.; VIEIRA, Marcelo M.F. Institucionalização de Práticas Sociais: uma análise da responsabilidade social empresarial no campo financeiro no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28. 2004, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Anpad, 2004.

²² AGUIAR, Manoel Pinto de. **Bancos no Brasil colonial**: tentativas de organização bancária em Portugal e no Brasil até 1808. Salvador: Livraria Progresso, 1960.

²³ VENTURA, 2005.

nas milenares tradições religiosas judaicas, cristãs e islâmicas, os investidores religiosos evitavam negócios com companhias de indústria de álcool, fumo e jogos – consideradas ações do pecado. Mas, foi a partir dos anos 70 que eles passaram a ter algum impacto no mercado financeiro. Os Investimentos Socialmente Responsáveis (ISRs) também tomaram impulso com movimentos contra o *apartheid* nos anos 1980 e início dos anos 1990. Os investidores sociais sustentaram esses movimentos, evitando investir em companhias que tivessem negócios na África do Sul.²⁴ Somando-se às questões sociais, os grandes acidentes ambientais, associados à vasta quantidade de informações sobre aquecimento global, destruição da camada de ozônio e outros riscos para a vida do planeta, colocaram a seriedade das questões ambientais num primeiro plano para os chamados investidores sociais.²⁵ Diante da necessidade de atender a demanda desses investidores, as instituições financeiras passam a analisar os investimentos tanto sob critérios sociais quanto ambientais.

Por outro lado, com a crescente legislação ambiental, oriunda das pressões sociais, surge a preocupação dos bancos com as operações de crédito, a fim de evitar a responsabilização legal por dano ambiental causado por resíduos tóxicos em bens recebidos como garantia de empréstimos, por exemplo. No entanto, juntamente com a difusão do movimento pela responsabilidade social no mundo, aos poucos, os bancos passam a agregar aspectos sociais e ambientais em seus negócios não apenas para mitigar riscos, mas como fator de competitividade e para aproveitar oportunidades. Dessa forma, a política de RSA passa a ocupar espaços estratégicos nos negócios dos bancos.

De acordo com o *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, alguns eventos e iniciativas mudaram a atuação dos bancos com relação às questões sociais e ambientais. Em 1980 foi editado o *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act (CERCLA)*. Essa lei, que ficou conhecida como Superfundo, foi criada para responsabilizar legalmente os proprietários de terrenos pela limpeza e descontaminação de resíduos tóxicos. Embora a lei tenha criado exceções para proteger as instituições financiadoras, algumas decisões judiciais responsabilizaram bancos pela reparação de danos ambientais causados pelos destinatários de seus créditos.²⁶

²⁴ MIB 1- **Market Intelligence Brief**. IFC/publications/MIB 1. Sustainability and Financial Institutions. 2003. Disponível em <www.ifcln1.ifc.org>. Acesso em: 16 aug 2004.

²⁵ TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco Ambiental para as Instituições Financeiras**. Editora Annablume. São Paulo, 2007.

²⁶ TOSINI, 2007.

A Cercla suscitou interpretações ambíguas e algumas sentenças foram proferidas condenando instituições financeiras. Em 1986, uma decisão da Corte Federal do Distrito de Maryland (EUA), condenou o Maryland Bank & Trust Co porque este tinha a hipoteca de fazenda utilizada como aterro de resíduos. A U.S. Environmental Protection Agency (EPA), agência ambiental norte-americana, inspecionou a área e encontrou resíduos perigosos estocados de forma imprópria, o que a levou a remover todos os resíduos a um custo total de quinhentos mil dólares. Como o banco financiador havia sido “proprietário” da área pelos quatro anos que antecederam a revenda da propriedade, ele foi obrigado a pagar os custos.

Em 1990, nos EUA, a justiça também considerou a *Fleet Factors Corporation* – uma empresa financeira – em uma demanda de trezentos setenta e cinco mil dólares, responsabilizada por danos ambientais causados por um tomador de crédito, argumentando que esse banco tivera capacidade para influenciar nas decisões de gerenciamento de resíduos do tomador de crédito.

No mesmo sentido, em 1989, a Comissão Européia emitiu uma diretiva sobre responsabilidade civil para danos causados por resíduos. Os bancos da Europa passaram a se preocupar com questões ambientais, uma vez que a diretiva impunha a responsabilização tanto do produtor dos resíduos quanto do atual controlador, havendo possibilidade de os financiadores responderem nessa última condição.

Em 1992, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma ou Unep, na sigla em inglês) criou uma iniciativa para as instituições financeiras, que passou a ser conhecida por Unep-Fi, promovendo-se a integração de todas as recomendações sobre aspectos ambientais para operações e serviços do setor financeiro. Em maio desse mesmo ano, a Unep e mais cinco bancos prepararam um termo de compromisso – Declaração Internacional dos Bancos para o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – que foi assinado por trinta bancos, de vinte e três países. Essa declaração enfatiza que o compromisso das instituições financeiras com a sustentabilidade ambiental deve ter três áreas-chave: a primeira corresponde às operações internas: redução de consumo de energia, água e materiais; a segunda refere-se à inserção do risco ambiental na avaliação do risco de investimento e financiamentos; e a terceira apresenta o apoio ao desenvolvimento de produtos e serviços que promovam a proteção do meio ambiente.²⁷

Como a maior agência internacional de financiamento ao desenvolvimento, o Banco Mundial desempenhou importante papel ao direcionar recursos para o desenvolvimento sustentável. Seu compromisso com a sustentabilidade influenciou estratégias

²⁷ ALVES *apud* ASHLEY, 2005.

do setor bancário comercial e de investimento em todo o mundo. Em 1998, *International Finance Corporation (IFC)*, braço financeiro do Banco Mundial, para o setor privado, divulga uma diretriz sobre políticas e procedimento sociais e ambientais para financiamento de projetos reforçando a estratégia do Banco Mundial. A proposta do IFC era dar relevância à performance ambiental e social e efetivamente incrementar o desenvolvimento sustentável no setor privado.

Em 1999, o grupo *Dow Jones* lançou o *Dow Jones Sustainability Index (DJSI)*, o primeiro índice global a analisar as empresas sob o ponto de vista de suas políticas de Responsabilidade Socioambiental, ou seja, uma análise que vai além dos aspectos econômicos e financeiros. Esse índice passou a ser um referencial para os investidores responsáveis.

Organizados pelo IFC, um grupo de dez bancos passa a discutir, com clientes e ONGs, a questão dos riscos sociais e ambientais em financiamentos de projetos. Desse movimento deriva, em 2003, um conjunto de critérios para concessão de financiamento de projetos, denominados Princípios do Equador. Até julho de 2008, 65 instituições bancárias já haviam aderido aos Princípios do Equador, sendo que quatro delas são brasileiras – Banco do Brasil, Bradesco, Banco Itaú e Unibanco.²⁸

O movimento pela Responsabilidade Socioambiental no setor financeiro tem avançado em todos os países, até mesmo em mercados emergentes como o Brasil. De acordo com pesquisa sobre a sustentabilidade no setor bancário em mercados emergentes, um dos motivos para esse crescimento é o aumento da complexibilidade do setor bancário nesses mercados, deixando os bancos mais vulneráveis aos riscos financeiros e não-financeiros, bem como aumento da competitividade. O setor bancário brasileiro tem se destacado em relação aos demais mercados emergentes por incorporar avaliação socioambiental em seus negócios desde 2000.²⁹

De acordo com relatório do IFC, atualmente os bancos apresentam oito razões chaves para considerarem aspectos de sustentabilidade em seus negócios (*ibidem*): aumenta a credibilidade e melhora a reputação (68% das respostas); para atender demanda de investidores (64%); reduz os riscos e melhora os retornos (52%); aumenta valor para os *stakeholders* (28%); potencial para desen-

²⁸ EQUATOR PRINCIPLES, The. **A benchmarkin for finance industry to manage social (...)**. Disponível em: <<http://www.equator-principles.com/>>. Acesso em: 27 de julho de 2008.

²⁹ IFC. International Finance Corporation. 2006. IFC/ publications - **Banking on Sustainability**. Disponível em: <www.ifc.org/enviropublications>. Acesso em: 27 de abril de 2007.

volvimento de negócios (20%); responsabilidade legal dos bancos/clientes (20%); experiência de baixa *performance* em empréstimos (16%); e demanda de clientes (10%) (*ibidem*).

4 A indução de práticas socioambientalmente responsáveis nos negócios bancários no Brasil

Segundo Ventura,³⁰ as questões sociais e ambientais nos bancos, além de aspectos que tangem outros tipos de organizações, apresentam peculiaridades relacionadas à natureza da atividade bancária, que é, basicamente, a intermediação financeira. Grandes bancos têm atuado no movimento pela RSA, contribuindo para a sedimentação do conceito e sua institucionalização.

Principalmente a partir da criação de diretoria de Responsabilidade Social no ABN Amro Real, em 2001, e da criação da Comissão de Responsabilidade Social na Federação Brasileira dos Bancos (Febraban), em 2002, com *status* de diretoria, iniciativas e estruturas similares começam a se multiplicar nas organizações do setor bancário, alavancando ainda mais a institucionalização das preocupações de inserção em questões sociais e ambientais dos negócios bancários no Brasil.

As variações na leitura e operacionalização do conceito de RSA nos bancos são muitas. Cada um evidencia um grupo de aspectos mais fortemente, o que pode variar também de acordo com seus interesses, que se relaciona com seu lugar e papel no mercado – por exemplo, se trata-se de um banco de varejo, de amplitude nacional ou estadual, se é um banco de atacado e negócios, mais focado em financiamentos corporativos etc. Dividimos estes aspectos, então, em dois grupos de ações: Organizacional e Produtos.^{31 32}

O grupo Organizacional engloba questões pertinentes a toda organização produtiva, de modo geral. No setor bancário existem ações direcionadas aos diferentes públicos (*stakeholders*): comunidade, fornecedores, clientes, colaboradores e meio ambiente (no que tange à ecoeficiência). Esse grupo não será explorado nesse artigo, embora também seja elemento do papel indutor dos bancos, uma vez que, sendo organizações fortes no mercado, podem exercer esse papel junto a todas as suas partes relacionadas, empresas e pessoas. Segundo Motta,³³ as empresas não criam os valo-

³⁰ VENTURA, 2005.

³¹ VENTURA, 2005.

³² VENTURA, 2008. *No prelo*.

³³ MOTTA, Paulo Roberto. **Transformação organizacional**: a teoria e a prática de inovar. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

res sociais, mas são capazes de contribuir para seu desenvolvimento e reforço.

O grupo Produtos refere-se a aspectos evidenciados na gestão do negócio bancário, destacando-se as operações de crédito e os investimentos. É nesse item que o banco, ao alterar sua maneira de fazer e pensar o negócio, mais pode se destacar como indutor do desenvolvimento sustentável.

4.1 Operações de crédito

Em relação às operações de crédito, os bancos podem atuar principalmente de duas maneiras:³⁴

a) adotando critérios socioambientais para concessão de crédito e financiamentos;

b) ofertando operações de crédito específicas, com objetos ou objetivos sociais ou ambientais.

A discussão sobre o papel dos agentes financeiros em relação ao meio ambiente no Brasil teve início em 1995, com a implementação de um grupo de trabalho pelo Governo Federal com a finalidade de definir diretrizes, estratégias e mecanismos operacionais para a incorporação da variável ambiental no processo e gestão de crédito e incentivos fiscais das instituições financeiras oficiais – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Bndes), Banco do Brasil (BB), Caixa Econômica Federal (CAIXA), Banco do Nordeste (BNB) e Banco da Amazônia (Basa) – resultando na assinatura do chamado Protocolo Verde. Seguindo o princípio constitucional estabelecido pela CF de 1988, no qual a qualidade ambiental é um direito fundamental do cidadão, o Protocolo Verde foi uma tentativa de ir além da legislação ambiental.

Mas a preocupação e a discussão sobre concessão de financiamentos utilizando-se critérios sociais e ambientais e sua inclusão como questão atrelada à responsabilidade social dos bancos no Brasil estabeleceu-se mais fortemente a partir da assinatura dos Princípios do Equador, em 2003.³⁵

De lá para cá, iniciativas e grupos surgiram para tratar das questões de sustentabilidade; como exemplo, a Câmara Técnica de Finanças Sustentáveis (CTFin), em 2005, coordenada pelo Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS), que agrega grandes bancos no Brasil.

Apesar dessas iniciativas, vale ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro existem dispositivos legais que obrigam as insti-

³⁴ VENTURA, 2008. *No prelo*.

³⁵ VENTURA, 2005.

tuições bancárias a se preocuparem com aspectos ambientais em suas operações de crédito. Alguns marcos da legislação ambiental brasileira são:

a) Lei 6.938/81, Política Nacional do Meio Ambiente que, dentre outras medidas, instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente;

b) Lei 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

c) Constituição Federal de 1988, que dedicou capítulo próprio para o meio ambiente. Após a Constituição Federal, vieram as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas com preocupações ecológicas;

d) Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, que dispõe sobre sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas lesivas ao meio ambiente.³⁶

De acordo com a legislação, as instituições financeiras são obrigadas a incluir critérios ambientais na concessão das operações de crédito pelos seguintes motivos.

1. Podem ser responsabilizadas como poluidoras indiretas no financiamento de projetos de investimento. A responsabilidade das instituições financeiras frente ao dano ambiental como poluidoras indiretas ocorre especialmente no caso em que o dano é causado por seus tomadores de crédito. Esse posicionamento jurídico está baseado na própria definição de poluidor expressa no artigo 3º, inciso IV, da lei 6.938/81:

Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental (*Grifo nosso*).

Também está expresso no artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais, lei 9.605, de 12/02/1998:

Quem, *de qualquer forma*, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la (*Grifo nosso*).

³⁶ FRANCO, Paulo Sérgio de Moura; DALBOSCO, Ana Paula (2004). **A tutela do meio ambiente e responsabilidade civil ambiental**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 18 de outubro de 04.

O conceito de poluidor foi ampliado pelo artigo 3º da lei 6.938/81, e pelo artigo 2º da lei 9.605/98, uma vez que o “responsável indireto” (ou aquele que de qualquer forma concorre para) também pode ser incluído nessa categoria. Assim, os bancos poderiam ser inseridos nas responsabilidades atribuídas aos poluidores, previstos no artigo 14, § 1º:

Sem obstar a aplicação de penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente de existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados no meio ambiente (*Grifo nosso*).

2. As instituições financeiras públicas têm obrigações ambientais em projetos de investimento. Outro dispositivo legal que envolve a responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras é o artigo 12, da lei 6.938/81:

As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

Parágrafo único. As entidades e órgãos referidos no caput deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria de qualidade do meio ambiente.

O financiador a que se refere o artigo acima é o banco público: Banco do Brasil, BNDES, BNB, Basa, Caixa Econômica Federal, etc. Estes têm o dever de exigir a apresentação da documentação necessária, o que no caso corresponde às licenças, para só assim, depois de constatada a regularidade, conceder o financiamento.

3. Todas as instituições financeiras têm obrigação ambiental em financiamento de atividades ou projetos na área da biotecnologia. A lei 11.105, de 24/03/2005, que trata do uso de técnicas de engenharia genética e da liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, previu, expressamente, em seu artigo 2º, §4º, a co-responsabilidade dos bancos em casos de financiamento dos projetos de biotecnologia:

As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem *co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação* (*Grifo nosso*).

O artigo acima não deixa qualquer margem de dúvida sobre a co-responsabilidade dos bancos pelos eventuais efeitos advindos do seu descumprimento caso venha a ocorrer qualquer dano ao meio ambiente.

4. As instituições financeiras assumem responsabilidade como proprietárias de imóveis, contaminados ou em desacordo com a legislação ambiental, oferecidos em garantia de empréstimos. Segundo Salles (2003), nem sempre as figuras do “degradador”, nos termos de sua definição pelo artigo 3º, inciso IV, da lei 6.938/81, e do “proprietário” são coincidentes. De acordo com o autor, a responsabilidade do proprietário pelos danos causados ao solo da propriedade imobiliária, bem como as obrigações dela decorrentes, transferem-se juntamente com a propriedade, sem prejuízo da responsabilidade do causador do dano.

5. Assumem responsabilidade como novas proprietárias de imóveis tombados. As instituições financeiras, ao se tornarem novas proprietárias de imóveis já tombados como patrimônio histórico e cultural, tornam-se responsáveis por sua conservação e reparação de qualquer dano existente. Nesse sentido, o Ministério Público, como curador do meio ambiente, vem promovendo algumas ações contra bancos para reparação e conservação de imóveis tombados que haviam sido oferecidos em garantia de empréstimos, e que passaram a ser propriedade dos bancos, seja por adjudicação, seja por em dação como pagamento da dívida. Vale citar, como exemplo, a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro e pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) contra o Banco Porto Real de Investimentos S.A, conforme Processo nº 1992.065.000039-9, Comarca de Vassouras (RJ); e nº 2004.001.16871, no Tribunal de Justiça.

6. Assumem responsabilidade ambiental ao financiar imóveis em áreas contaminadas. Ainda com relação às áreas urbanas contaminadas, alerta-se sobre outra forma de responsabilização dos bancos. Trata-se de financiamento imobiliário em áreas contaminadas. O Poder Judiciário, desde 1988, por meio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que:

O poluidor que causa dano ao ambiente tem definição legal e é aquele que proporciona, *mesmo indiretamente* [grifo nosso], degradação ambiental. E o poluidor é sujeito ao pagamento de indenização, além de outras penalidades. (TJSP. 5ª Câmara Cível. Ap. 96.536-1. 07/04/1988).

O Superior Tribunal de Justiça³⁷ entendeu que: “A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação

³⁷ Decisão do Recurso Especial nº 51169/RS, relator foi o ministro Ari Pargendler.

acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança". Assim, para Antunes (2004), não há dúvida de que existe a responsabilidade solidária entre o agente financeiro, o construtor do imóvel, e o incorporador, por empreendimentos construídos sobre terrenos contaminados, ou em áreas que, por força de lei ou outro ato normativo, sejam consideradas *non aedificandi*. Ao adquirente do imóvel cabe escolher quem prefere executar: o agente financeiro, o construtor ou o incorporador, com vistas a satisfazer o crédito que lhe é devido.

Além das obrigações legais citadas, existem normas específicas do setor financeiro que obrigam os bancos e demais instituições supervisionadas pelo Banco Central a atentar para as questões ambientais em suas operações financeiras.

A Resolução 3.380/2006, do CMN, que trata do gerenciamento de risco operacional nas instituições financeiras, com relação à definição de risco operacional, o § 1º do artigo 2º traz a seguinte citação:

A definição de que trata o caput inclui o risco legal associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como a sanções *em razão de descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas pela instituição (grifo nosso)*.

As instituições financeiras, a partir dessa resolução deverão estar mais atentas ao cumprimento de qualquer legislação, inclusive a ambiental, uma vez que seu descumprimento pode levá-las a perdas financeiras em decorrência da reparação de danos ambientais e indenizações por danos a terceiros.

Ainda com relação às normas pertinentes ao setor financeiro, o Novo Acordo de Capitais da Basiléia, adotado pelo Brasil, também faz referências ao gerenciamento do risco ambiental. A respeito da valoração de colaterais, o parágrafo 510 traz uma recomendação para que os bancos atentem para os riscos de contaminação com material tóxico nas propriedades.³⁸

Mais recentemente, em fevereiro de 2008, o CMN, por meio da Resolução 3.545 tornou obrigatória, na concessão de crédito rural ao amparo de recursos de qualquer fonte para atividades agropecuárias nos municípios que integram o Bioma Amazônia, a adoção de critérios ambientais, tais como exigência de licença, certificado, certidão ou documento similar comprobatório de regularidade ambiental, vigente, do imóvel onde será implantado o projeto a ser financiado, expedido pelo órgão estadual responsável.

³⁸ BIS. **Bank for International Settlements**. Disponível em: <<http://www.bis.org/>> Acesso em: 30 de agosto de 2008.

Vale salientar que nesse caso a exigência é para qualquer fonte, ou seja, recursos obrigatórios, recursos livres, oriundos de qualquer instituição financeira - bancos públicos e privados etc.

A capacidade indutora dos bancos ao estabelecer critérios sociais e ambientais em seus financiamentos pode ser avaliada por meio dos ativos aplicados em operações de crédito de instituições que já adotam os Princípios do Equador. No Brasil, existem 12 bancos signatários dos Princípios do Equador, incluindo quatro bancos de capital nacional, como já mencionado. A carteira de crédito desses bancos - incluindo o BNDES que, embora não seja signatário, possui política de gestão de risco social e ambiental - representava, em dezembro de 2006, 66% do total de operações de crédito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Do total de crédito do SFN destinado às empresas, 86,7% pertenciam ao grupo de bancos signatários dos Princípios do Equador. Embora a adoção de critérios socioambientais seja uma exigência dos Princípios somente para projetos corporativos (*project finance*) acima de 10 milhões de dólares, a extensão da análise de risco social e ambiental para todas as operações com pessoas jurídicas não é uma meta muito distante, já que esses bancos possuem políticas de RSA e de gerenciamento do risco socioambiental. Como exemplo, no Itaú foi criada, em 2007, a Superintendência de Risco Socioambiental e Microcrédito, que, dentre outras funções, é responsável pelas análises de risco socioambiental de empresas clientes, baseada na Política desse risco e aplicada a todas as empresas com envolvimento em crédito acima de 5 milhões.

Assim, a adoção de critérios socioambientais na política de crédito de alguns bancos tem extrapolado as exigências legais. Ainda, diante da acirrada competitividade e da necessidade de buscar novas oportunidades de negócios, os bancos estão lançando linhas de crédito específicas com alcance e benefícios socioambientais. Entre elas destacam-se três grupos:³⁹

a) as microfinanças, que engloba a questão do microcrédito, da bancarização e dos correspondentes bancários;

b) as linhas de financiamento para desenvolvimento de tecnologias e produtos ambientalmente amigáveis, ou sustentáveis, como a implantação de uma nova matriz energética com fonte renovável ou financiamento de Projetos MDL (Mecanismo de Desenvolvimento Limpo), no âmbito do mercado de crédito de carbono, como exemplos;

c) outros produtos socialmente responsáveis, como condições especiais de crédito a públicos específicos - como pessoas com necessidades especiais, grupos minoritários, por exemplo.

³⁹ VENTURA, 2008. *No prelo*.

As linhas de crédito contemplam ainda o desenvolvimento de arranjos produtivos locais (APLs), onde o banco entra com o papel de organizar a produção local de uma região a partir do estabelecimento de parcerias - como exemplo, o programa Desenvolvimento Regional Sustentável, do Banco do Brasil.

A título ilustrativo, apresentamos exemplos de produtos e iniciativas de bancos com potencial de benefícios sociais e ambientais:

1 - O Itaú possui uma linha de produtos de cunho socioambiental, que financia a aquisição de bens e serviços ou implantação de projetos que visem à redução da emissão de poluentes ou resíduos, adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente, obtenção da certificação ambiental, entre outros. Para empresas que adotam ações que contribuam para a preservação ambiental e o desenvolvimento social, o banco cobra menores taxas de juros e dá maior prazo de pagamento. O valor financiado depende não apenas da análise do crédito, mas também de uma avaliação da atuação socioambiental do cliente e do projeto apresentado pela empresa.⁴⁰ Segundo Luiz Antônio França, diretor de Financiamento de Ativos e Finanças Corporativas do Itaú e presidente da Câmara Técnica de Finanças Sustentáveis (CTFin) do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS), isso contribui para que as empresas criem uma cultura de responsabilidade socioambiental. Para Antonio Matias, vice-presidente do Itaú e da Fundação Itaú Social, é papel do banco induzir boas práticas e não apenas fornecer o crédito.

2 - O Rabobank possui uma política socioambiental para o setor de agronegócios. O banco é o primeiro do setor a exigir de seus clientes a incorporação de boas práticas agrícolas e de gestão ambiental. A aplicação dos critérios será inclusive estimulada a outros bancos do grupo, em países como China, Índia e Cingapura. Segundo Daniela Mariuzzo, gerente de responsabilidade socioambiental do Rabobank, a avaliação dos clientes é feita por meio de um questionário socioambiental e de uma visita de um operador de campo. As informações são usadas para compor o perfil dos produtores e para a elaboração de um *rating* que serve para definir a taxa de juros dos financiamentos, quanto melhor for o posicionamento do produtor, menor a taxa de juros aplicada pelo banco. O Rabobank foi o primeiro banco a lançar um Manual de boas práticas socioambientais no agronegócio, que tem o objetivo de incentivar a adoção dessas práticas e de apoio

⁴⁰ BANCO ITAÚ. Produtos socioambientais. Disponível em: <ww2.itaú.com.br/socioambiental/publico/meioambiente/produtos.htm > Acesso em: 30 de agosto de 2008.

aos programas de responsabilidade social desenvolvidos por seus clientes.⁴¹

3 - A Votorantim Celulose e Papel (VCP) lançou, em novembro de 2004, o Programa Poupança Florestal que incentiva e cria condições para o plantio de eucaliptos entre os pequenos produtores rurais (alguns assentados ex-integrantes do MST) da região sul do Rio Grande do Sul, um dos bolsões de pobreza do país. A viabilização da Poupança Florestal dependia de um banco para fornecer recursos de longo prazo e carência de sete anos, tempo que o eucalipto leva para atingir o tamanho ideal.⁴² O Banco Real não só comprou a iniciativa, como fixou os juros em patamar equivalente à quase metade da média de mercado.

4 - O BNDES possui programas específicos para promoção do desenvolvimento sustentável. Um deles é o PROESCO (Apoio a Projetos de Eficiência Energética), financia intervenções que comprovadamente contribuam para a economia de energia, aumentem a eficiência global do sistema energético ou promovam a substituição de combustíveis de origem fóssil por fontes renováveis. As operações do PROESCO podem ser realizadas tanto por apoio direto do BNDES como por intermédio de suas instituições financeiras credenciadas mediante repasse ou mandato específico, independente do valor do pedido do financiamento. A taxa de juros desse programa é TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo) mais taxa de risco de aproximadamente 4,9% ao ano, o prazo pode ir até 72 meses.⁴³

Deve-se ter em conta que essa capacidade indutora tende a aumentar com a queda de juros. Nesse novo cenário os bancos reduzirão seus ganhos com investimentos em títulos públicos e aumentaram suas carteiras de crédito. O volume de operações de créditos concedidos por instituições financeiras no país atingiu R\$ 946 bilhões em dezembro de 2007, representando uma elevação de 17% em relação a junho de 2007 e um aumento da participação no PIB de 32,4% para 35,2%.⁴⁴ De acordo com o relatório do IFC sobre a sustentabilidade no setor bancário de mercados emergen-

⁴¹ RABOBANK. **Rabobank Brasil** – Disponível em: <http://www.rabobank.com.br/home/home.html>> Acesso em 31 de agosto de 2008.

⁴² VCP - Votorantim Papel e Celulose - Relatório Anual de Sustentabilidade 2006. Disponível em: <<http://www.vcp.com.br/NR/rdonlyres/65999A88-0F9A-4A43-A209-77433D084D8E/0/RAnnualSustentabilidade2006.pdf>> Acesso em: 20 de agosto de 2008.

⁴³ BNDES. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/ambiente/proesco.asp>> Acesso em: 20 de agosto de 2008.

⁴⁴ BANCO CENTRAL. **Relatório de Estabilidade Financeira** – maio de 2008. Disponível em: <www.bcb.gov.br> Acesso em: 30 de julho de 2008.

tes,⁴⁵ essa tendência de crescimento ocorre em todos os mercados, não apenas nos emergentes. Isso sinaliza a necessidade de aumentar o gerenciamento de risco, inclusive os socioambientais, e conseqüentemente, há uma tendência de aumentar o potencial indutor dos bancos no desenvolvimento sustentável, via implementação de políticas de RSA.

4.2 Investimento socialmente responsável

Além das operações de crédito, os bancos têm passado a considerar aspectos sociais e ambientais nos investimentos, principalmente na administração de recursos de terceiros, especificamente em fundos de investimentos. Essa preocupação tem origem na consciência social e ambiental de investidores que procuram investimentos socialmente responsáveis ou, num conceito mais abrangente, por envolver considerações ambientais, além das sociais e econômicas, pode-se denominá-los como investimentos sustentáveis.

Estudos empíricos têm demonstrado que o mercado financeiro já precifica a performance social e ambiental das empresas, ou seja, essas variáveis agregam ou destroem valor para o acionista. Assim, a escolha de investimentos sob critérios sociais e ambientais não existe exclusivamente para atender aos investidores responsáveis, mas também para atender aos grandes fornecedores de liquidez para o mercado que são os fundos de pensão. Considerando que os fundos de pensão possuem responsabilidade fiduciária com seus associados no longo prazo, estes consideram aspectos sociais e ambientais nas escolhas de investimentos.

No Brasil, os fundos de pensão, em janeiro de 2008, possuíam 429,2 bilhões de reais de investimentos, dos quais 35,4% investidos em renda variável, incluindo os fundos de investimentos em renda variável e ações.⁴⁶ A tendência é, ou de manter ou aumentar esse percentual caso as taxas de juros voltem a cair, segundo o presidente da Abrapp, Fernando Pimentel. Alguns fundos de pensão já ultrapassam esse percentual: a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil,⁴⁷ maior fundo de pensão do Brasil, por exemplo, fechou o ano de 2007 com 65% do total de seus investimentos aplicados em renda variável, incluindo participação em conselhos de administração em diversas empresas.

⁴⁵ IFC, 2007.

⁴⁶ ABRAPP. **Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência**. Disponível em: <www.abrapp.org.br> Acesso em: 20 de ago 2008.

⁴⁷ PREVI. **Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil**. Disponível em: <www.previ.org.br> Acesso em: 27 de agosto de 2008.

Embora os grandes fundos de pensão possuam áreas específicas para análise de investimento, segundo Pimentel, muitas entidades pequenas preferem fundo multimercado como alternativa. E, no Brasil, a grande maioria dos fundos de investimento são administrados por *asset management* de instituições bancárias. Esse é um dos motivos que exige dos bancos atenção aos aspectos sociais e ambientais das empresas na escolha de investimento para composição das carteiras dos fundos de investimento.

Outra evidência de que os fundos de pensão de fato têm agregado variáveis sociais e ambientais nas escolhas de investimento foi o lançamento, em 2004, dos critérios de investimentos socialmente responsáveis da Abrapp e Instituto Ethos, como norteadores dos investimentos dos fundos de pensão.⁴⁸ Ainda, com iniciativa da Unep-Fi, representantes de vinte instituições de investimentos, de doze países, e que administram mais de um trilhão de dólares americanos, elaboraram, em 2006, a primeira versão dos Princípios para o Investimento Responsável (PRI, na sigla em inglês). A Previ foi o representante da América Latina. A iniciativa visa a fornecer diretrizes para incorporar variáveis ambientais, sociais e de governança nas decisões de investimento e nos processos de aquisições da comunidade de investidores institucionais ao redor do mundo.⁴⁹

No Brasil, a busca de novos ativos financeiros não é restrita aos fundos de pensão, mas é uma tendência de todos os investidores devido à progressiva queda nas taxas de juros. Com os novos níveis de taxa de juros, os investimentos reduzirão a concentração de recursos em títulos públicos e aumentarão suas aplicações em títulos privados. Conseqüentemente, os bancos, como gestores de recursos de terceiros, deverão refinar as análises das empresas, inclusive sob suas políticas de RSA.

Concomitantemente, outro movimento que ocorre no mercado financeiro e que influencia o Investimento Socialmente Responsável foi a criação, em dezembro de 2005, pela Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE). O ISE tem por objetivo refletir o retorno de uma carteira composta por ações de empresas com reconhecido comprometimento com a responsabilidade social e a sustentabilidade

⁴⁸ ETHOS; ABRAPP. Instituto Ethos e Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. **Instituto Ethos e Abrapp lançam critérios de investimentos socialmente responsáveis para Fundos de Pensão**. Documento interno. São Paulo: 2004.

⁴⁹ PRI. **Principles for Responsible Investment**. Disponível em: <<http://www.unpri.org/principles/portuguese.php>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

empresarial, e também atuar como promotor das boas práticas no meio empresarial brasileiro.⁵⁰

Antes mesmo do lançamento do ISE, empresas nacionais com ações em bolsa – e até as que ainda não as têm – se mobilizaram em direção a uma gestão socialmente responsável que atendesse aos critérios estipulados pelos investidores e pela Bovespa.

No Brasil, antes do lançamento do ISE, já existiam ao menos dois fundos com carteiras selecionadas com base em critérios sociais e ambientais: o Fundo Ethical, do ABN Amro Real, lançado em 2001; e o Fundo Itaú Excelência Social, em 2004. Porém, após o lançamento do ISE, houve aumento significativo na oferta desses fundos, utilizando o índice como referencial.

Conclusão

O artigo buscou analisar de que maneira as políticas de Responsabilidade Socioambiental (RSA) dos bancos podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. E, a fim de entender como essas instituições chegaram à adoção de políticas de Responsabilidade Socioambiental como fator estratégico de seus negócios, foi traçado histórico de seu envolvimento com as questões sociais e ambientais, no Brasil e no mundo.

A evidência do papel dos bancos como indutores do desenvolvimento sustentável ocorre por meio da análise de seus produtos, principalmente as operações de crédito e os investimentos. Nas primeiras, ao adotar critérios sociais e ambientais na análise de concessão do crédito e oferecer linhas de crédito específicas; nos investimentos, em suas escolhas, tanto para composição de suas próprias carteiras, quanto na composição de carteira de terceiros, como no caso de fundos de investimento – ao incluir aspectos sociais e ambientais nos critérios para seleção das carteiras, passam indiretamente a induzir empresas a se dedicarem à suas políticas de Responsabilidade Socioambiental.

Os bancos, como canalizadores de recursos para o setor produtivo, ao adotarem uma política de Responsabilidade Socioambiental, estarão não apenas mitigando seus riscos de negócio, estratégicos, e aproveitando oportunidades, mas favorecendo o movimento pela Responsabilidade Socioambiental junto a seus parceiros financeiros. Isso mostra que a Responsabilidade Socioambiental dos bancos tem efeito multiplicador, tornando essas instituições grandes agentes indutores do desenvolvimento sustentável.

⁵⁰ BOVESPA. Bolsa de Valores de São Paulo. **Índice de Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/Mercado/RendaVariavel/Indices/FormConsultaApresentacaoP.asp?Indice=ISE>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

Embora o processo de financeirização tenha reduzido a captação de recursos via mercado de crédito, essa ainda é a principal fonte de recursos para micro, pequenas e médias empresas em todo o mundo, especialmente em países emergentes. Ou seja, ao necessitarem de recursos, essas empresas são obrigadas a buscar financiamento junto às instituições bancárias.

No Brasil, o mercado bancário ainda é o grande fornecedor de recursos, a despeito do grande crescimento do mercado de títulos nos últimos quatro anos. A tabela abaixo evidencia essa diferença. Em 2007, o fornecimento de capital via emissões de títulos totalizou R\$ 100,22 bilhões contra um aumento nas operações de crédito de R\$ 203,4 bilhões.

Tabela 1

Emissão de títulos financeiros x operações de crédito – 2007 –R\$ milhões

Ações	Debêntures	Notas Promissórias	CRI	FIDC	Acréscimo de Operações de crédito em 2007
33.135,84	46.533,79	9.725,50	868,29	9.961,55	203.400,0

Fonte: CVM e Banco Central.

De acordo com a Tabela 1, boa parte das emissões ocorre por meio de debêntures. Vale lembrar que essas emissões são na sua maioria feitas por empresas de Leasing, pertencentes a bancos, o que amplia a diferença entre a oferta de recursos do mercado de capitais e do bancário.

Na medida em que os bancos adotam uma política de Responsabilidade Socioambiental, introduzindo a avaliação dos riscos sociais e ambientais em suas operações de crédito, esses se tornam grandes agentes indutores do desenvolvimento sustentável.

A possibilidade das grandes corporações captarem recursos diretamente no mercado de capitais não excluiu a atuação dos bancos nesse processo. Nas emissões de títulos pelas empresas, a atuação dos bancos de investimento é fundamental, na estruturação das operações bem como em muitas situações em que os bancos dão garantia firme, ou seja, caso os títulos não consigam o preço esperado, os bancos colocam tais títulos em suas próprias carteiras, assumindo o risco de investimento.

Desta forma, ao adotar critérios sociais e ambientais em suas escolhas de investimento os bancos, tanto para sua própria carteira quanto para a administração de recursos de terceiros (asset management), exercem um papel importante como indutores do desenvolvimento sustentáveis, uma vez que induzem as empresas emissoras de ativos financeiros a melhorarem a performance social e ambiental.

Referências

- ABRAPP. **Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência**. Disponível em: <www.abrapp.org.br> Acesso em: 20 de agosto de 2008.
- AGUIAR, Manoel Pinto de. **Bancos no Brasil colonial: tentativas de organização bancária em Portugal e no Brasil até 1808**. Salvador: Livraria Progresso, 1960.
- ASHLEY, Patrícia (coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BANCO CENTRAL. **Relatório de Estabilidade Financeira** – maio de 2008. Disponível em: <www.bcb.gov.br> Acesso em: 30 de julho de 2008.
- BANCO ITAÚ. **Produtos socioambientais**. Disponível em: <ww2.itaub.com.br/socioambiental/publico/meioambiente/produtos.htm> Acesso em: 30 de agosto de 2008.
- BIS. **Bank for International Settlements**. Disponível em: <<http://www.bis.org/>> Acesso em: 30 de agosto de 2008.
- BNDES. **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social**. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/ambiente/proesco.asp>> Acesso em: 20 de agosto de 2008.
- BOVESPA. Bolsa de Valores de São Paulo. **Índice de Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/Mercado/RendaVariavel/Indices/FormConsultaApresentacaoP.asp?Indice=ISE>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.
- BOWEN, Howard. **Responsabilidades sociais do homem de negócios**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1953.
- CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. **The political economy of corporate social and environmental responsibility in Brazil**. Rio de Janeiro: UNRISD/ UFRJ. novembro de 2002.
- CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mário; MOREL, Regina; PESSANHA, Elina. As organizações empresariais brasileiras e a responsabilidade social. *In*: Kirschner, Gomes e Cappellin (orgs.). **Empresa, empresários e globalização**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: FAPERJ, 2002.
- CHEIBUB, Zairo; LOCKE, Richard. Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas. *In*: Kirschner, Gomes e Cappellin (orgs.). **Empresa, empresários e globalização**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: FAPERJ, 2002.
- EQUATOR PRINCIPLES, The. **A benchmarkin for finance industry to manage social (...)**. Disponível em: <<http://www.equator-principles.com/>>. Acesso em: 27 de julho de 2008.
- ETHOS; ABRAPP. Instituto Ethos e Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. **Instituto Ethos e Abrapp lançam critérios de investimentos socialmente responsáveis para Fundos de Pensão**. Documento interno. São Paulo: 2004.
- FRANCO, Paulo Sérgio de Moura; DALBOSCO, Ana Paula (2004). **A tutela do meio ambiente e responsabilidade civil ambiental**. Disponí-

vel em <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 18 de outubro de 2004.

FRIEDMAN, M. The social responsibility of business is to increase its profits. **New York Times Magazine**, setembro, 1970.

IFC. International Finance Corporation. 2006. IFC/ publications - **Banking on Sustainability**. Disponível em: <www.ifc.org/enviropublications>. Acesso em: 27 de abril de 2007.

JANTALIA, Fabiano. O papel dos bancos no desenvolvimento sustentável do país. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 21 de março de 2007.

KREITLON, Maria Priscilla. Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28, 2004, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Anpad, 2004.

MIB 1- **Market Intelligence Brief**. IFC/publications/MIB 1. Sustainability and Financial Institutions. Disponível em <www.ifcln1.ifc.org>. Acesso em: 16 de agosto de 2008.

MOTTA, Paulo Roberto. **Transformação organizacional**: a teoria e a prática de inovar. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. cap.8. In: SANTOS, Boaventura dos (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

PREVI. **Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil**. Disponível em: <www.previ.org.br> Acesso em: 27 de agosto de 2008.

PRI. **Principles for Responsible Investment**. Disponível em: <<http://www.unpri.org/principles/portuguese.php>>. Acesso em: 20 de abril de 2007.

RABOBANK. **Rabobank Brasil** – Disponível em: <http://www.rabobank.com.br/home/home.html>> Acesso em: 31 de agosto de 2008.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco Ambiental para as Instituições Financeiras**. Editora Annablume. São Paulo, 2007.

TOSINI, M. F. C.; VENTURA, E. C. F.; CUOCO, L. G. A. Políticas de Responsabilidade Socioambiental nos bancos: indutoras do desenvolvimento sustentável? Anais do **X Encontro Nacional de Gestão Empresarial e Meio Ambiente** ENGEMA. Porto Alegre, novembro de 2008.

VENTURA, Elvira C.F. **Responsabilidade social das organizações**: estudo de caso no Banco Central do Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública/Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: EBAP/FGV, 1999.

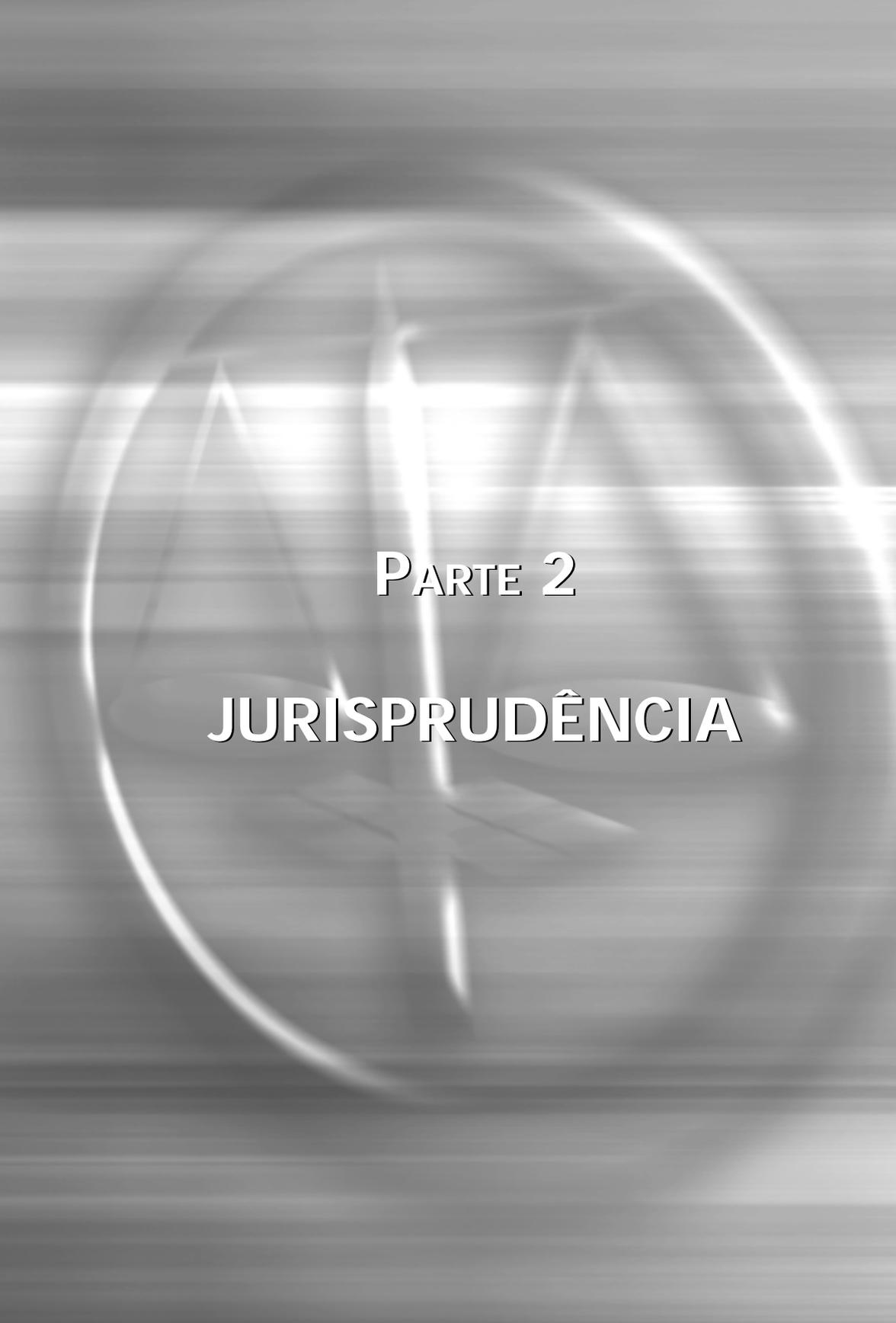
VENTURA, Elvira C.F. **Dinâmica da institucionalização de práticas sociais**: estudo da responsabilidade social no campo das organizações bancárias. 2005. 351f. Tese (Doutorado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, 2005.

VENTURA, Elvira C.F. **Responsabilidade social em instituições financeiras**: a institucionalização da prática nos bancos no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. *No prelo*.

VENTURA, Elvira C.F.; VIEIRA, Marcelo M.F. Institucionalização de Práticas Sociais: uma análise da responsabilidade social empresarial no campo financeiro no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28. 2004, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Anpad, 2004.

VENTURA, Elvira C.F.; VIEIRA, Marcelo M.F. Responsabilidade Social como Deslocamento do Capitalismo: Evidências de um Estudo nos Bancos no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 30. 2006, Salvador. **Anais...** Salvador: Anpad, 2006.

VCP – Votorantim Papel e Celulose – **Relatório Anual de Sustentabilidade 2006**. Disponível em: <<http://www.vcp.com.br/NR/rdonlyres/65999A88-0F9A-4A43-A209-77433D084D8E/0/RAnnualSustentabilidade2006.pdf>> Acesso em: 20 de agosto de 2008.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Omissão. Art. 535 do CPC. Violação Configurada.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, PELA CORTE A QUO, NA APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC CONFIGURADA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL NOS ERESP 505.183-RS.

1. Os embargos de declaração são servís a suprir omissões do acórdão recorrido da instância local que, omitindo-se na apreciação de questões constitucionais, resta, por via oblíqua, em impedir que a parte ofereça recurso para o Supremo Tribunal Federal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, mercê de interditado à análise de questão constitucional, pode acolher o recurso especial pela violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido, instado a se pronunciar em embargos de declaração, omite-se, violando o seu dever de completitude jurisdicional.

3. Sob esse ângulo proposto, é irrelevante sobre ser a Corte incompetente para analisar fundamento constitucional, porquanto a violação que se alega é ao dever de inteireza do julgado, o qual pode suprir o *error in procedendo*, acolhendo os embargos declaratórios.

4. *In casu*, o acórdão recorrido não se manifestou acerca dos seguintes pontos: "*Impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, a teor do art. 100, § 1º, da Constituição Federal; O entendimento do STF acerca da questão de fundo, manifestada no julgamento do RE 353.657/PR (Leading Case sobre a questão), acerca do correto entendimento do art. 153, § 3º, II, da CF/88, que não admite o creditamento do IPI*" . (fl. 243)

5. Outrossim, o relator entendeu que, *verbis*:

II - Este eg. Superior Tribunal de Justiça já deliberou sobre a impossibilidade de se analisar violação ao art. 535 do CPC quando se cuidar de omissão relacionada a disposições constitucionais, sob pena de usurpação de competência do eg. STF.

III - É que a análise em recurso especial, de alegada omissão envolvendo dispositivos constitucionais não atrai a competência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou não de tal vício, é indispensável exame, ainda que de forma não aprofundada, de questão constitucional.

IV - Por outro lado a análise de referida omissão não teria qualquer utilidade, uma vez que é prescindível a emissão de pronunciamen-

to pelo Tribunal a quo acerca de dispositivo constitucional para viabilizar seu prequestionamento, porquanto o STF admite o prequestionamento ficto, mediante simples oposição de embargos declaratórios, por força do enunciado nº 356 do Pretório Excelso.

6. Precedente da Corte Especial: EREsp 505.183-RS, DJ 06/03/2008.

7. Agravo regimental provido para admitir o recurso especial e, no mérito, dar provimento à irresignação para que a instância local examine a matéria constitucional remanescente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro José Delgado (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 20 de maio de 2008
(Data do Julgamento)

Ministro Luiz Fux - Relator.

REsp Nº 1.022.649 - PE (2008/0011271-0) DJE 19/06/2008

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Trata-se de agravo

regimental interposto pela FAZENDA NACIONAL, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, por entender que não houve violação ao art. 535 do CPC; que a verificação da idoneidade da caução oferecida demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado pelo enunciado sumular nº 07/STJ e que a questão relativa à compensação antes do trânsito em julgado da decisão foi considerada superada pelo Tribunal de origem, razão pela qual preclusa também a análise por esta Corte.

Alega a agravante que deve ser reconhecida a violação ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido não se manifestou acerca dos seguintes pontos:

"1. Impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, a teor do art. 100, § 1º, da Constituição Federal;

2. O entendimento do STF acerca da questão de fundo, manifestada no julgamento do RE 353.657/PR (Leading Case sobre a questão), acerca do correto entendimento do art. 153, § 3º, II, da CF/88, que não admite o creditamento do IPI" (fl. 243)

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILI-

DADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

I - A agravante requer o reconhecimento da violação ao art. 535 do CPC alegando que o Tribunal de origem deixou de analisar a afirmação de impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, ante o art. 100, § 1º, da CF/88, bem como o entendimento adotado pelo STF no RE 353.657/PR acerca do creditamento do IPI.

II - Este eg. Superior Tribunal de Justiça já deliberou sobre a impossibilidade de se analisar violação ao art. 535 do CPC quando se cuidar de omissão relacionada a disposições constitucionais, sob pena de usurpação de competência do eg. STF.

III - É que a análise em recurso especial, de alegada omissão envolvendo dispositivos constitucionais não atrai a competência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou não de tal vício, é indispensável exame, ainda que de forma não aprofundada, de questão constitucional.

IV - Por outro lado a análise de referida omissão não teria qualquer utilidade, uma vez que é prescindível a emissão de pronunciamento pelo Tribunal *a quo* acerca de dispositivo constitucional para viabilizar seu questionamento, porquanto o STF admite o questionamento ficto, mediante simples oposição de embargos declaratórios, por força do enunciado nº 356 do Pretório Excelso.

V - Precedentes: AgRg no REsp 768.397/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ

de 15/10/2007; REsp nº 941.514/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08/11/2007; AgRg no REsp nº 930.275/CE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 03/09/2007; REsp 965.366/DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 24/03/2008; AgRg no Ag 799.362/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 05/03/2007; AgRg no Ag 328.042/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 11/12/2000; AgRg no AG nº 823.209/RJ, DJ de 23/04/2007; AgRg no REsp 779.092/AM, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 15/05/2006; AgRg no Ag 688.874/BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 13/03/2006;

V - Agravo regimental improvido.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR): Tenho que a presente irresignação não merece prosperar.

Este eg. Superior Tribunal de Justiça já deliberou sobre a impossibilidade de se analisar violação ao art. 535 do CPC quando se cuidar de omissão relacionada a disposições constitucionais, sob pena de usurpação de competência do eg. STF.

É que a análise em recurso especial, de alegada omissão envolvendo dispositivos constitucionais não atrai a competência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou não de tal vício, é indispensável análise, ainda que não aprofundada, de questão constitucional.

Por outro lado a análise de referida omissão não teria qualquer

utilidade, uma vez que é prescindível a emissão de pronunciamento pelo Tribunal a quo acerca de dispositivo constitucional para viabilizar seu prequestionamento, porquanto o STF admite o prequestionamento ficto, mediante simples oposição de embargos declaratórios, por força do enunciado n° 356 do Pretório Excelso.

Nesse sentido, confirmam-se alguns precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. SUSCITADA INCONSTITUCIONALIDADE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA OMISSÃO DA CORTE A QUO NA APRECIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N.º 356/STJ.

1. A omissão que implica o acolhimento da violação do art. 535 do CPC, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, é tão-somente a que pertine à legislação infraconstitucional, única cognoscível pela Corte. Isto porque a matéria constitucional escapa ao conhecimento do STJ por expressa disposição constitucional a respeito.

2. Aliás, não é por outra razão que, hodiernamente, mitigou-se o princípio da unirrecorribilidade com a repartição *ratione materiae* das funções do recurso especial e do recurso extraordinário. A eventual omissão do aresto a quo sujei-

to a recurso especial quanto à matéria constitucional é um indiferente processual, tanto mais que a Corte não poderia invadir esse *thema judicandum*.

3. A fortiori, oferecer recurso especial por violação do art. 535 do CPC, posto omitida decisão acerca de fundamento constitucional, esbarra no requisito intrínseco de admissibilidade consistente na utilidade da impugnação que não poderá gerar ao recorrente situação mais vantajosa do que a que obtivera na instância local, uma vez que interdita essa superfície contenciosa da demanda ao Eg. STJ.

4. Deveras, reforça essa tese a inteligência da Súmula n.º 356 do Eg. STF que, uniformizando o direito nacional a partir da fonte normativa primária que é a Constituição, vincula as decisões judiciais com eficácia *erga omnes*, porquanto induzir a parte a obter resultado consoante o verbete sumular via rejeição de sua pretensão conspira contra a garantia da duração razoável dos processos e a ideologia do precedente qual a de manter a isonomia judicial (Precedente desta Corte: REsp 576976/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, publicado no DJ de 28/06/2004).

5. Destarte, impugnar a decisão judicial por violação do art. 535 do CPC, em razão de omissão de matéria constitucional, escapante à competência do Eg. STJ, é, por via oblíqua, reabrir prazo recursal que corria simultaneamente à data da prolação da decisão que ensejou violação bifronte à ordem consti-

tucional e à ordem infraconstitucional, rompendo o dogma da unicidade recursal.

6. Conseqüentemente, é desinfluyente que a parte não tenha interposto recurso extraordinário, porquanto o recurso especial, com função específica, não tem o condão de reabrir prazo precluso em razão do teor da súmula 356/STF que dispensa a interposição de embargos declaratórios para abrir a via excepcional.

7. In casu, o recurso especial, fundado na violação dos artigos 458 e 535, do CPC, busca o pronunciamento da Corte de origem acerca da aduzida inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais ante o suposto desrespeito ao princípio da não cumulatividade inserto no artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal, donde se infere que o pretenso prequestionamento cinge-se a tema constitucional.

8. Agravo regimental desprovido. AgRg no REsp 768.397/RS, Rel. Min LUIZ FUX; DJ de 15/10/2007;

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. ART. 730 DO CPC. CITAÇÃO. MULTA. ART. 538 DO CPC. SÚMULA 98/STJ.

1. A constatação de eventual omissão de matéria constitucional no âmbito desta Corte implicaria a usurpação da competência reservada ao STF, pois para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou

não desse vício, indispensável a análise, ainda que não aprofundada, de questão constitucional, para que fosse possível verificar a relevância da suposta mácula cometida pelo aresto prolatado na instância ordinária ao não examinar os tópicos invocados.

2. Afasta-se a sugerida afronta ao art. 535 do CPC, já que não se verificou a omissão suscitada quanto à necessidade de que o complemento de precatório seja ordenado pelo Presidente do Tribunal competente e no tocante à imprescindibilidade de se aguardar o julgamento definitivo do recurso interposto, referente à primeira parcela da moratória constitucional, por estar sub judice a questão. (...)*omissis*.

8. Recurso especial provido em parte" (REsp nº 941.514/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08/11/2007, p. 221).

"ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO INVIABILIZADA. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. OMISSÃO AUSENTE. AFRONTA AO ART. 468 DO CPC. ACÓRDÃO FUNDADO NO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS AO ENTENDER PELA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

I - A suposta violação ao art. 535, II, do CPC, justificada pela omissão da Corte de origem acerca de dispositivos constitucionais é inviável de ser apreciada na via eleita, vez que o exame nesta sede especial

da relevância da matéria buscando averiguar possível omissão representaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: AGRG no REsp nº 176.586/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 01/07/2005; REsp nº 462.291/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 23/05/2005.

II - A Corte de origem expressamente refutou a tese de violação à coisa julgada, não procedendo, assim, a alegada afronta ao art. 535, II, do CPC, sob a justificativa de que omissis o acórdão recorrido quanto ao conteúdo do art. 468 do CPC.

III - Quanto à apontada violação ao art. 468 do CPC, valeu-se o Colegiado de origem da apreciação do contexto fático-probatório dos autos para entender pela inexistência de afronta à coisa julgada, de maneira que o reexame de tal entendimento é inviável de ser realizado na via estreita do recurso especial segundo o verbete sumular nº 7 deste STJ.

IV - Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp nº 930.275/CE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 03/09/2007, p. 144).

Confirmam-se ainda: REsp 965.366/DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 24/03/2008; AgRg no Ag 799.362/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 05/03/2007; AgRg no Ag 328.042/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 11/12/2000; AgRg no AG nº 823.209/RJ, DJ de 23/04/2007; AgRg no REsp 779.092/AM, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 15/05/2006; AgRg no Ag 688.874/BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 13/03/2006;

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista o Sr. Ministro Luiz Fux. Aguardam os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 17 de abril de 2008

Maria do Socorro Melo - Secretária.

VOTO-VISTA (VENCEDOR)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, PELA CORTE A QUO, NA APRECIACÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC CONFIGURADA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL NOS ERESP 505.183-RS.

1. Os embargos de declaração são servis a suprir omissões do acórdão recorrido da instância local que, omitindo-se na apreciação de questões constitucionais, resta, por via oblíqua, em impedir que a parte ofereça recurso para o Supremo Tribunal Federal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, mercê de interdito à análise

de questão constitucional, pode acolher o recurso especial pela violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido, instado a se pronunciar em embargos de declaração, omite-se, violando o seu dever de completude jurisdicional.

3. Sob esse ângulo proposto, é irrelevante sobre ser a Corte incompetente para analisar fundamento constitucional, porquanto a violação que se alega é ao dever de inteireza do julgado, o qual pode suprir o *error in procedendo*, acolhendo os embargos declaratórios.

4. *In casu*, o acórdão recorrido não se manifestou acerca dos seguintes pontos: "*Impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, a teor do art. 100, § 1º, da Constituição Federal; O entendimento do STF acerca da questão de fundo, manifestada no julgamento do RE 353.657/PR (Leading Case sobre a questão), acerca do correto entendimento do art. 153, § 3º, II, da CF/88, que não admite o creditamento do IPI*". (fl. 243)

5. Outrossim, o relator entendeu que, *verbis*:

II - Este eg. Superior Tribunal de Justiça já deliberou sobre a impossibilidade de se analisar violação ao art. 535 do CPC quando se cuidar de omissão relacionada a disposições constitucionais, sob pena de usurpação de competência do eg. STF.

III - É que a análise em recurso especial, de alegada omissão envolvendo dispositivos constitucionais não atrai a competência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista

que para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou não de tal vício, é indispensável exame, ainda que de forma não aprofundada, de questão constitucional.

IV - Por outro lado a análise de referida omissão não teria qualquer utilidade, uma vez que é prescindível a emissão de pronunciamento pelo Tribunal a quo acerca de dispositivo constitucional para viabilizar seu prequestionamento, porquanto o STF admite o prequestionamento ficto, mediante simples oposição de embargos declaratórios, por força do enunciado nº 356 do Pretório Excelso.

6. Precedente da Corte Especial: EREsp 505.183-RS, DJ 06/03/2008.

7. Voto pelo provimento do agravo regimental para admitir o recurso especial e, no mérito, dar provimento à irresignação para que a instância local examine a matéria constitucional remanescente.

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Consoante exposto pelo E. Relator:

Trata-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA NACIONAL, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, por entender que não houve violação ao art. 535 do CPC; que a verificação da idoneidade da caução oferecida demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado pelo enunciado sumular nº 07/STJ e que a questão relativa à compensação antes do trânsito em julgado da decisão foi considerada superada pelo Tribu-

nal de origem, razão pela qual preclusa também a análise por esta Corte.

Alega a agravante que deve ser reconhecida a violação ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido não se manifestou acerca dos seguintes pontos:

" 1. *Impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, a teor do art. 100, § 1º, da Constituição Federal;*

2. *O entendimento do STF acerca da questão de fundo, manifestada no julgamento do RE 353.657/PR (Leading Case sobre a questão), acerca do correto entendimento do art. 153, § 3º, II, da CF/88, que não admite o creditamento do IPI" (fl. 243)*

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

Concluiu o E. Relator:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

I - A agravante requer o reconhecimento da violação ao art. 535 do CPC alegando que o Tribunal de origem deixou de analisar a afirmação de impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, ante o art. 100, § 1º, da CF/88, bem como o entendimento adotado pelo STF no RE 353.657/PR acerca do creditamento do IPI.

II - Este eg. Superior Tribunal de

Justiça já deliberou sobre a impossibilidade de se analisar violação ao art. 535 do CPC quando se cuidar de omissão relacionada a disposições constitucionais, sob pena de usurpação de competência do eg. STF.

III - É que a análise em recurso especial, de alegada omissão envolvendo dispositivos constitucionais não atrai a competência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou não de tal vício, é indispensável exame, ainda que de forma não aprofundada, de questão constitucional.

IV - Por outro lado a análise de referida omissão não teria qualquer utilidade, uma vez que é prescindível a emissão de pronunciamento pelo Tribunal *a quo* acerca de dispositivo constitucional para viabilizar seu prequestionamento, porquanto o STF admite o prequestionamento ficto, mediante simples oposição de embargos declaratórios, por força do enunciado nº 356 do Pretório Excelso.

V - Precedentes: AgRg no REsp 768.397/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 15/10/2007; REsp nº 941.514/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08/11/2007; AgRg no REsp nº 930.275/CE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 03/09/2007; REsp 965.366/DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 24/03/2008; AgRg no Ag 799.362/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 05/03/2007; AgRg no Ag 328.042/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 11/12/2000; AgRg no AG nº 823.209/RJ, DJ de 23/04/2007; AgRg no REsp 779.092/AM, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 15/

05/2006; AgRg no Ag 688.874/BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 13/03/2006;

VI - Agravo regimental improvido.

Concessa venia divirjo.

É que os embargos de declaração são servis a suprir omissões do acórdão recorrido da instância local que, omitindo-se na apreciação de questões constitucionais, resta, por via oblíqua, em impedir que a parte ofereça recurso para o Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, mercê de interditado à análise de questão constitucional, pode acolher o recurso especial pela violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido, instado a se pronunciar em embargos de declaração, omite-se, violando o seu dever de completitude jurisdicional.

Sob esse ângulo proposto, é irrelevante sobre ser a Corte incompetente para analisar fundamento constitucional, porquanto a violação que se alega é ao dever de inteireza do julgado, o qual pode suprir o *error in procedendo*, acolhendo os embargos declaratórios.

In casu, o acórdão recorrido não se manifestou acerca dos seguintes pontos:

"Impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Nacional, a teor do art. 100, § 1º, da Constituição Federal; O entendimento do STF acerca da questão de fundo, manifestada no julgamento do RE 353.657/PR (Leading Case sobre a questão), acerca do correto entendimento do art. 153,

§ 3º, II, da CF/88, que não admite o creditamento do IPI" . (fl. 243)

Outrossim, o relator entendeu que, *verbis*:

(...)

II - Este eg. Superior Tribunal de Justiça já deliberou sobre a impossibilidade de se analisar violação ao art. 535 do CPC quando se cuidar de omissão relacionada a disposições constitucionais, sob pena de usurpação de competência do eg. STF.

III - É que a análise em recurso especial, de alegada omissão envolvendo dispositivos constitucionais não atrai a competência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que para emissão de juízo a respeito da ocorrência ou não de tal vício, é indispensável exame, ainda que de forma não aprofundada, de questão constitucional.

IV - Por outro lado a análise de referida omissão não teria qualquer utilidade, uma vez que é prescindível a emissão de pronunciamento pelo Tribunal a quo acerca de dispositivo constitucional para viabilizar seu questionamento, porquanto o STF admite o questionamento ficto, mediante simples oposição de embargos declaratórios, por força do enunciado nº 356 do Pretório Excelso.

Acerca do tema, colaciona-se recente precedente da Corte Especial:

PROCESSO CIVIL. DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O Supremo Tribunal Federal e o Supe-

rior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento; para o primeiro, basta a oposição de embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário (Súmula nº 356); para o segundo, o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal *a quo* tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial (Súmula nº 211). Não obstante isso, se o tribunal local deixa de enfrentar a questão constitucional suscitada, a parte prejudicada tem direito à prestação jurisdicional completa, e pode pedir a anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração com base no art. 535, II, do Código de Processo Civil, nada importando que tivesse condições de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal; todos os órgãos do Poder Judiciário, e não apenas o Supremo Tribunal Federal, devem exaurir a jurisdição provocada pelas partes.

(EREsp 505183/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ06/03/2008 p.1)

Isso posto, voto pelo provimento do agravo regimental para admitir o recurso especial e, no mérito, dar provimento à irresignação para que a instância local examine a matéria constitucional remanescente.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro José Delgado (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília, 20 de maio de 2008

Maria do Socorro Melo - Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Cotas condominiais. Ação de conhecimento. Redirecionamento da execução. Impossibilidade.

EMENTA OFICIAL

Conflito negativo de competência. Ação de execução. Cotas condominiais. Título executivo judicial formado em prévia ação de conhecimento, movida em desfavor da moradora. Posterior adjudicação do imóvel à CEF, em face do inadimplemento do contrato de financiamento imobiliário. Pretensão de se redirecionar a execução à CEF. Impossibilidade.

- É certo que, nos termos da jurisprudência da 2ª Seção, a responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais em atraso pode recair, em certos casos, sobre o novo adquirente do imóvel.

- Tal responsabilidade, contudo, é de ser aferida em ação de conhecimento. Na presente hipótese, não se trata mais de ação de cobrança, mas da execução de título judicial formado em ação daquela natureza, em cujo pólo passivo estava presente, tão somente, a pessoa física que era a proprietária do imóvel na época em que houve o inadimplemento.

- A necessária vinculação entre o pólo passivo da ação de conhecimento, onde formado o título judicial, e o pólo passivo da ação de execução, nas hipóteses de cobrança de cotas condominiais, já foi afirmada em precedentes das Turmas que compõem a 2ª Seção.

- Por ser inviável o redirecionamento da execução à CEF, não há razão para que o feito se desloque à Justiça Federal.

Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retificando a proclamação da sessão do dia 28 de maio de 2008, que não conhecia do Conflito de Competência, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente a 2ª Vara Cível de São José dos Campos/SP, a suscitada, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participaram do julgamento (art. 162, § 2º, RISTJ) os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região). Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 25 de junho de 2008. (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi - Relatora.

CC Nº 81.450 - SP (2007/0047995-5). DJE 01/08/2008.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Conflito negativo de competência entre o JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SJ/SP, suscitante, e o JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS-SP, suscitado, em ação movida por CONJUNTO RESIDENCIAL JUSCELINO KUBITSCHKEK DE OLIVEIRA JK em desfavor de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, tendo como interessada SANDRA RIBEIRO DA SILVA.

Segundo consta dos autos, inicialmente o condomínio moveu ação de cobrança em desfavor de Sandra, porque esta, na qualidade de proprietária e residente de um dos apartamentos, deixara de pagar sua parte no rateio das despesas condominiais. Tal ação foi proposta em 28/09/2004, e tinha por objeto a cobrança das cotas relativas ao período compreendido entre novembro de 2.000 a maio de 2004, totalizando R\$ 4.398,75 (quatro mil, trezentos e noventa e oito reais e setenta e cinco centavos).

Apesar de citada, a ré não contestou o pedido, que foi julgado procedente em 25/07/2005 (fls. 22/23). A sentença transitou em julgado em 22/09/2005 (fls. 27).

Imediatamente, o condomínio iniciou a execução dessa sentença, porém, após a determinação judicial para que a ré fosse intimada a

pagar ou indicar bens à penhora, peticionou o credor em 19/07/2006, alegando que, em nova verificação no Registro de Imóveis referente ao apartamento em questão, notou ter sido este adjudicado à CEF, em face do inadimplemento do contrato de financiamento hipotecário firmado entre esta instituição e a ré.

Em face disso, entendeu o condomínio credor ser "(...) imperiosa a substituição do pólo passivo da demanda, para que dela passe a constar a atual proprietária do imóvel, ou seja, a CEF" (fls. 29).

Em consequência, requereu aquele "(...) a remessa dos autos à Justiça Federal" (fls. 29), porque a CEF tem o privilégio de litigar apenas neste foro.

O juízo cível acolheu o pedido (fls. 31), ao argumento de que a CEF, "(...) na qualidade de proprietária assume todas as obrigações que ficam presas a coisa". O juízo federal, por sua vez, suscitou o presente conflito, alegando que tal medida importa em violação aos art. 575, II, e 472, ambos do CPC, pois: i) a coisa julgada opera apenas entre as partes da relação processual; e ii) e execução teria curso em juízo diverso daquele no qual formado o título executivo judicial.

O Parecer do Ministério Público Federal, de lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Washington Bolívar Junior, é pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o juízo federal.

Após ter solicitado informações complementares ao juízo federal a fls. 47, vieram estas aos autos, ficando esclarecido que "(...) o imó-

vel em questão foi arrematado para a CEF, em 11 de novembro de 2005 e, tanto a carta de arrematação, como o cancelamento da hipoteca datam de 13 de março de 2006" (fls. 53).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

A indefinição a respeito da competência para julgamento da presente lide tem origem em questão por demais discutida nas Turmas de Direito Privado do STJ, qual seja, a da legitimidade para responder por dívidas condominiais pretéritas, quando ocorre alteração da titularidade do imóvel. Sobre esse tema, a 2ª Seção já teve oportunidade de decidir que "*A responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias do caso concreto*" (EResp nº 138.389/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/09/1999, admitindo-se, por exemplo, a responsabilidade do novo adquirente "*ainda que se cuidem de cotas anteriores à transferência do domínio, ressalvado o seu direito de regresso contra o antigo proprietário*" (Resp nº 869.155/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 25/06/2007).

Porém, esse entendimento, que foi adotado pelo juízo cível suscitado, não leva em conta a peculiaridade da presente hipótese, esta precisamente levantada pelo juízo

federal suscitante: aqui, não se trata mais de ação de cobrança, ou seja, de ação de conhecimento, mas de execução de título judicial, derivado justamente de uma ação anterior daquela natureza, que já transitou em julgado e em cujo pólo passivo estava presente, tão somente, a pessoa física que era a proprietária do imóvel na época em que houve o inadimplemento.

Rememorando cronologicamente os fatos, verifica-se que os débitos foram constituídos no período entre novembro de 2000 a maio de 2004; a ação de cobrança foi proposta em desfavor de SANDRA RIBEIRO DA SILVA em setembro desse mesmo ano; foi julgada procedente em julho de 2005 e teve trânsito logo a seguir, em 22 de setembro de 2005. A adjudicação do imóvel pela CEF, em face do inadimplemento do contrato de financiamento, só veio a ocorrer mais adiante, em novembro de 2005, nos termos das informações complementares prestadas pelo juízo federal.

Assim, conquanto seja viável discutir, em certas hipóteses relacionadas à ação de cobrança, a natureza da obrigação que vincula o atual proprietário ou possuidor quanto ao dever de contribuir para a preservação do bem indiviso, aqui, tem-se um título judicial já formado em face de uma pessoa determinada.

Em precedente recente, a 3ª Turma teve oportunidade de afastar a pretensão de penhora do próprio imóvel em caso no qual, durante a execução de cotas de condomínio lastreada em sentença proferida

em desfavor da antiga proprietária, verificou-se que o bem, àquela altura, já pertencia a terceiro que não havia participado da ação de conhecimento. Nessa ocasião, o i. Relator, Min. Menezes Direito, fazendo referência a anterior julgamento de minha relatoria, salientou que " *não é pertinente que na execução seja o bem penhorado para garantir o pagamento da dívida, 'na medida em que essa não lhe foi atribuída [ao terceiro] e não foi em face dele proposta a ação de cobrança*" (Resp nº 648.868/SP, DJ de 14/08/2006). Sobre esse precedente, aliás, há que se ressaltar que a situação fática era ainda mais delicada, pois a dívida em questão tivera origem em período no qual o já habitava o imóvel o próprio promitente comprador.

A necessária vinculação entre o pólo passivo da ação de conhecimento, onde formado o título judicial, e o pólo passivo da ação de execução, nas hipóteses de cobrança de cotas condominiais, foi analisada de forma ainda mais explícita pela 4ª Turma no precedente Resp nº 681.580/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 29/05/2006, cuja ementa está assim redigida:

"CIVIL E PROCESSUAL. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS MOVIDA CONTRA O ANTIGO TITULAR E A NOVA PROPRIETÁRIA. EXCLUSÃO DESTA NA FASE COGNITIVA. COISA JULGADA. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. NOVA CITAÇÃO, DEPOIS DECLARADA NULA PELO JUÍZO PROCESSANTE. DESPACHO IRRECORRIDO. PRECLUSÃO. PROSEGUIMENTO DA COBRANÇA, TO-

DAVIA, COM PENHORA DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE TERCEIRO PROVIDOS. RECURSO ESPECIAL AVIADO PELA LETRA "C". PECULIARIDADE DA ESPÉCIE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

I. Se a ação de cobrança das cotas condominiais é dirigida contra o antigo proprietário e a construtora, sua nova titular que, todavia, no curso da fase cognitiva da lide, é dela excluída, impossível a sua citação na execução, também tornada sem efeito depois, por despacho irrecorrido, e ulterior penhora do imóvel, ante o desrespeito à coisa julgada e à preclusão.

II. Situação fático-jurídica peculiar, que torna despicienda a discussão acerca de tratar-se de obrigação propter rem.

III. Recurso especial não conhecido"

Ressalte-se trecho do voto proferido neste último caso:

"Ora, se na ação de cobrança a construtora foi excluída da lide por homologação judicial em audiência (cf. fl. 39), não tem como ser afetada pela decisão final que condenou o outro réu mantido na lide - Francisco Adolfo Guimarães - a pagar pelas cotas inadimplidas.

A discussão sobre tratar-se ou não de obrigação propter rem é, aqui, despicienda. Deve haver o respeito à coisa julgada".

Mesmo a eventual incidência do art. 42, § 3º, do CPC - segundo o qual "a sentença, proferida entre as partes originárias, estende

seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário" já teve aplicação afastada na específica hipótese de execução de título judicial formado em ação de cobrança de cotas condominiais, nos termos do precedente Resp nº 894.556/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ de 24/09/2007, assim ementado:

"Processual civil. Execução de sentença de débitos condominiais. Arrematação do imóvel que originou os débitos em outra execução. CPC, art. 42, § 3º. Substituição de parte. Sucessão do arrematante ao executado. Impossibilidade.

I - Não é possível a execução de sentença condenatória ao pagamento de débitos condominiais contra o arrematante, em feito diverso, do bem imóvel que originou os débitos.

II - Recurso especial não conhecido"

Do voto do i. Min. Relator, constou a seguinte passagem:

"No caso em comento não houve alienação do bem entre particulares no curso da lide, como prevê a norma legal. Houve, sim, agressão ao patrimônio do devedor com a transferência forçada do bem ao arrematante pelo Poder Judiciário, para satisfação do seu credor.

Desta forma, resta claro que os efeitos da coisa julgada não se estendem ao arrematante e, portanto, não é possível a substituição de parte requerida pelo condomínio".

A mesma solução se impõe na presente hipótese, de forma que a execução, com base no título já formado, deve ser limitada ao patrimônio da pessoa física. Excluída a possibilidade de alteração do pólo passivo, com a inclusão da CEF na lide, é de ser reconhecida, portanto, a competência da justiça comum.

Forte em tais razões, CONHEÇO do conflito, declarando competente o JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS-SP, suscitado.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, não conheceu do conflito de competência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 28 de maio de 2008

Helena Maria Antunes de Oliveira e Silva - Secretária.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retificando a proclamação da sessão do dia 28 de maio de 2008, que não conhecia do Conflito de Competência, a Seção, por unanimidade, conheceu do Conflito de Competência e declarou competente a 2ª Vara Cível de São José dos Campos/SP, a suscitada, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento (art. 162, § 2º, RISTJ) os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 25 de junho de 2008

Helena Maria Antunes de Oliveira e Silva - Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Dano moral. Serasa. Título regularmente protestado. Inocorrência.

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NA SERASA. PROTESTO DE TÍTULO. FATO VERÍDICO. OMISSÃO NA COMUNICAÇÃO NO CADASTRO DA RÉ. CDC, ART. 43, § 2º.

I. Constatado que o protesto contra a autora constante nos registros da SERASA é fato verdadeiro, não se configura o dever de indenizar pela não comunicação à devedora, notadamente porque a existência do apontamento é informação de domínio público, que pode ser coletada pelos bancos de dados e órgãos cadastrais dispensadas daquela providência pelo princípio da publicidade imanente.

II. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de junho de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Relator

REsp 1.038.272 - RS (2008/0051513-8). DJE 25/08/2008

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: - Sirlei Barbosa Alencastro interpõe recurso especial contra acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 62):

"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. cadastro negativo de consumidor. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA. DANO MORAL não configurado. I . A violação do art. 43, § 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor caracteriza abuso de direito, porquanto elimina a oportunidade dada pela lei ao consumidor de efetuar o pagamento do débito antes que seja efetuado o registro negativo em seu nome. I I . A preexistência de registros desabonatórios de pendências comerciais e/ou financeiras em nome da parte-autora desautoriza qualquer presunção de que a ausência de notificação da inscrição acarretou prejuízos à parte demandante, eliminando, sobretudo, a possibilidade de averiguação de danos relacionados a abalo de crédito.

Desprovimento do recurso."

Alega a recorrente, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, que foi violado o art. 43, § 2º, do CDC, bem como

divergiu o julgado vergastado de precedentes deste Tribunal.

Afirma que a norma legal não excepciona a hipótese de haver outros cadastramentos, importando exclusivamente que não houve a notificação prévia, conforme admitido pela recorrida, o que gera dano indenizável, devendo ser arbitrado valor pela compensá-la pelo abalo sofrido.

Refere que não houve referência à questão da clonagem dos documentos e ausência de contratação (fl. 73).

Contra-razões às fls. 82/89, apontando demonstração insuficiente do dissídio jurisprudencial e ausência de lesão quando o registro reproduz dados coletados em bancos de dados públicos, como no caso, em que é proveniente de protesto.

O recurso especial foi admitido pela decisão presidencial de fls. 91/92.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): - Cuida-se de ação indenizatória proposta em face de cadastro de inadimplentes, pela qual se pleiteia o pagamento de montante em ressarcimento por dano moral causado pela inscrição sem prévia comunicação à autora-recorrente.

Preliminarmente, aos temas da clonagem de documentos e da ausência de contratação (fl. 73) não se referiu o Tribunal estadual, restando que encontram o obstáculo das Súmulas n. 282 e 356-STF, por falta de prequestionamento.

Por outro lado, a divergência apresentada é inservível porquanto os precedentes apontados não tratam da hipótese de protesto, como o caso presente (fls. 2 e 87).

No mérito, acessível pela norma legal, é dever, conforme jurisprudência assente desta Casa, que a entidade cadastral deve comunicar ao devedor a inclusão dos dados deste em seus registros, antes que ocorra, a fim de que possa defender-se ou regularizar sua situação junto à entidade credora, se assim o quiser, sob pena de responsabilização civil. Contudo, este Superior Tribunal decidiu que o cadastramento efetuado a partir de dados públicos, como o é o registro de ajuizamento de ação de execução ou de lavratura de protestos, questão versada nestes autos, ou quando da inequívoca ciência do devedor quanto a sua obrigação, não dá margem a abalo moral apto a ensejar reparação, porquanto já notória a informação do débito e do devedor.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta 4ª Turma:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NO SERASA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL ACUSADA EM REGISTRO DE DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA COMUM. FATO VERÍDICO. OMISSÃO NA COMUNICAÇÃO NO CADASTRO DA RÉ. CDC, ART. 43, § 2º. I. Constatado que a execução contra o autor apontada nos registros do SERASA era fato verdadeiro, não se configura o dever de indenizar pela simples omissão na comunicação pela empresa,

notadamente porque a existência do feito é informação de domínio público.

II. Agravo improvido."

(AgR-REsp n. 965.755/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 19/11/2007)

 "RECURSO ESPECIAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - NÃO COMPROVAÇÃO - OMISSÃO - INOCORRÊNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - INSCRIÇÃO NA SERASA - EXECUÇÃO FISCAL - FATO VERÍDICO, PÚBLICO E PREVIAMENTE CONHECIDO PELO CONSUMIDOR - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO CADASTRAMENTO - IRRELEVÂNCIA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1 - Recurso não conhecido pela aventada divergência jurisprudencial (art. 105, III, 'c', da CF/88), vez que, não colacionadas cópias dos inteiros tores dos arestos indicados como paradigmas e ausente o cotejo analítico, não restou comprovada nos termos legais (arts. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC).

2 - Manifestando-se a Corte a quo, conquanto sucintamente, sobre a matéria constante dos dispositivos cuja violação pretende-se ver sanada mediante a interposição deste recurso, não restam configurados quaisquer vícios no v. acórdão recorrido, consistente em omissão, contradição ou obscuridade, pelo que se afasta a afronta aduzida ao art. 535 do CPC.

3 - De forma teleológica, encontra-se o art. 43, § 2º, do CDC, atrelado ao direito dos consumidores que passam a integrar bancos de

dados restritivos ao crédito de terem a oportuna ciência acerca da circulação de informações negativas em seu nome, possibilitando-lhes o acesso às mesmas, a fim de pleitear a respectiva retificação em caso de inexatidão.

4 - A falta de prévia comunicação acerca da inserção da recorrente no cadastro mantido pela SERASA não lhe acarretou efetivo dano moral, porquanto anotado dado verídico, qual seja, a existência de Execução Fiscal em desfavor da recorrente, perfazendo-se irrelevantes a declaração de inexistência da dívida e a extinção da ação após o cadastramento e o ajuizamento da Ação de Indenização, pelo que

descabido cogitar-se de retificação da informação ainda que comunicada a negativação.

5 - Reconhecimento pela própria recorrente, de inequívoca ciência do procedimento administrativo fiscal ajuizado, com vistas à inscrição de débito como dívida ativa e à expedição da respectiva certidão, o qual, segundo tramitação legalmente prevista, apenas culminou com a propositura da Execução Fiscal.

6 - Em se cuidando de dado extraído do Diário Oficial e constante do Cartório Distribuidor da Justiça Federal, ainda que não passasse a constar de cadastro mantido por órgão de proteção ao crédito, já possuía acesso franqueado ao público, pelo que inviável cogitar-se de prejuízo moral originário da sistematização de dados públicos pela SERASA.

7 - À vista do somatório das peculiaridades do caso sub judice,

quais sejam, inserção de dado verídico, público e previamente conhecido pela recorrente, em banco de dados mantido pela SERASA, não obstante a ausência de prévia comunicação acerca do cadastramento, afasta-se a ocorrência de dano moral imputável à recorrida. 8 - Recurso não conhecido."

(REsp n. 720.493/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, unânime, DJU de 01/07/2005)

"CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO. SERASA. PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO DEVEDOR. PRESCINDIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE TÍTULO PROTESTADO E DE EXECUÇÃO. DÍVIDA. INFORMAÇÃO. DOMÍNIO PÚBLICO.

1 - *Havendo títulos protestados e execução judicial aparelhada, a existência da dívida é informação de domínio público, em face dos assentos cartorários, sendo, pois, em consequência, despicienda a prévia comunicação, ao devedor, de que seu nome será inscrito na SERASA. Precedentes.*

2 - *Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais."*

(REsp n. 604.790/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 01/02/2006)

Portanto, não contestada a legitimidade da dívida protestada, conforme consta expressamente da r. sentença (fl. 42), além da existência de diversos registros por outros protestos e débitos impagos, conforme referido no acórdão recorrido (fl. 65), a reparação não é devida na espécie.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de junho de 2008

Claudia Austregésilo de Athayde Beck - Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

SFH. Vantagem pessoal. Definitividade. Prestação. PES.

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL - AÇÕES REVISIONAL E CONSIGNATÓRIA - MÚTUO HABITACIONAL - SFH - POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO APENAS DA FORMA SIMPLES - INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS DE CARÁTER PERMANENTE - POSSIBILIDADE - LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM 10% - INEXISTÊNCIA - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I - É admissível à repetição do indébito, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro; todavia, tão-somente, em sua forma simples;

II - As vantagens pessoais incorporadas definitivamente aos vencimentos do mutuário devem ser computadas nos reajustes das prestações dos contratos de financiamento pelo SFH vinculados ao PES/CP;

III - O art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não impõe limitação dos juros em contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação;

IV - Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas

a seguir, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda - Relator

REsp Nº 1.063.120 - SC (2008/0108030-8). DJE 15/10/2008

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, no qual alega violação dos arts. 6º, "e", da Lei n. 4.380/64 e 23 da Lei n. 8.004/90, além de divergência jurisprudencial.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a ação revisional de contrato de mútuo habitacional, ajuizada por LOURDES MARIA MEDEIROS DA SILVA, foi julgada parcialmente procedente pelo primeiro grau de jurisdição, para limitar os juros remuneratórios a 10% ao ano (fls. 335/342).

Interpostas apelações pelas partes, o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimen-

to ao recurso da instituição financeira e conferiu parcial provimento ao apelo da mutuária, decidindo, no que interessa, que: i) as vantagens pessoais não devem ser consideradas para verificação da equivalência salarial do encargo mensal contratado; ii) a taxa de juros deve ser limitada a 10%; iii) é cabível a repetição/compensação do indébito (fls. 405/414).

Sustenta a recorrente, em síntese, que os juros remuneratórios devem ser mantidos no percentual pactuado. Alega que as vantagens pessoais constituem parte da remuneração que se incorpora definitivamente ao salário ou vencimento, não se justificando sua desconsideração. Insurge-se, por fim, contra a repetição do indébito (fls. 492/501).

A recorrida não apresentou contra-razões, conforme certidão à fl. 506.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

A irresignação merece prosperar em parte.

No tocante à repetição do indébito, este Tribunal já decidiu pela sua admissão, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro; todavia, tão-somente, em sua forma simples (REsp n. 630.985/RS, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 08/05/2006; REsp n. 873.775/RS, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 19/09/2006).

No mais, com razão a recorrente.

Este Tribunal já decidiu que as vantagens pessoais incorporadas definitivamente aos vencimentos do mutuário devem ser computadas nos reajustes das prestações dos contratos de financiamento pelo SFH vinculados ao Plano de Equivalência Salarial.

Nesse sentido, assim já se decidiu:

"ADMINISTRATIVO. SFH. PARCELAS REAJUSTADAS PELO PES. VANTAGENS PESSOAIS. INCLUSÃO. POSSIBILIDADE. 1. 'É iterativa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que as vantagens pessoais incorporadas definitivamente aos vencimentos do servidor devem ser computadas nos reajustes das prestações dos contratos de financiamento pelo SFH vinculados ao PES' (Resp 827.268/RS, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ de 16/06/2006). 2. Recurso especial a que se dá provimento." (REsp n. 832.346/RS, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 10/9/2006)

E, ainda: REsp. n. 418.116/SC, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 11.4.2005; REsp n. 565.993/SC, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25/10/2004; REsp. n. 808.148/RS, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 15/09/2006.

No concernente aos juros remuneratórios, anote-se que o entendimento pacificado na Segunda Seção deste Tribunal Superior é no sentido de que o art. 6º, "e", da Lei n. 4.380/64 não impõe limitação dos juros em contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação.

A propósito, cita-se os seguintes precedentes: EREsp n. 415.588/

SC, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ de 1º/12/2003; AgRg no REsp n. 1.007.302/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/03/2008; AgRg no REsp n. 920.075/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 24/09/2007; REsp n. 670.802/DF, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 14/03/2005; AgRg no REsp n. 647.925/RS, relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 11/09/2006.

Assim, dá-se parcial provimento ao recurso especial, para determinar que as vantagens pessoais de caráter permanente sejam computadas para o cálculo das prestações e admitir a cobrança dos juros remuneratórios nos termos pactuados, invertidos os ônus sucumbenciais.

É o voto.

Ministro Massami Uyeda -
Relator.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de outubro de 2008
Solange Rosa dos Santos Veloso
- Secretária.

Tribunal Superior do Trabalho

Cargo Técnico. Jornada. Compensação.

ACÓRDÃO

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. HORAS EXTRAS JORNADA DE SEIS HORAS GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO COMPENSAÇÃO. Uma vez declarada a invalidade da opção realizada pela Reclamante, a consequência é o retorno das partes ao *status quo*.

Para impedir eventual enriquecimento ilícito, necessária a compensação dos valores devidos com o que foi efetivamente pago à Reclamante, considerando a diferença entre a gratificação prevista no plano de cargos e salários para a jornada de oito horas e a estipulada para a jornada de seis horas. Recurso de Embargos conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-606/2006-004-10-00.0, em que é Embargante WÂNIA NUNES RÊGO e Embargada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

A 8ª Turma da Corte, em processo oriundo do 10º Regional, por intermédio do Acórdão de fls.640-655, conheceu e negou provimento ao Recurso de Revista da Reclamante, no tocante às horas extras jornada de seis horas gratificação de função - compensação.

A Reclamante interpõe Embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais de fls.657-667, com fundamento no artigo 894 da CLT.

Impugnação foi apresentada, às fls.670-676.

O processo não foi enviado à Procuradoria Geral, para emissão de parecer, ante a ausência de obrigatoriedade (RI/TST, art. 83, inciso I).

O relatório.

E-RR 606/2006-004-10-00. DJ 22/08/2008.

VOTO

1 - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos dos Embargos.

1.1 HORAS EXTRAS JORNADA DE SEIS HORAS GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - COMPENSAÇÃO

A Turma, ao apreciar a matéria, entendeu que:

2. HORAS EXTRAS. JORNADA DE SEIS HORAS. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. COMPENSAÇÃO. Nos termos do entendimento proferido pela Subseção de Dissídios Individuais 1 desta Corte Superior, por intermédio do julgamento do processo TST-E-RR-1.040/2006-005-10-00.0, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 28/4/2008, uma vez declarada a nulidade.

dade da opção pela jornada de oito horas, devem as partes retornar ao *status quo* e, ainda, com o fito de evitar o enriquecimento ilícito, é necessário reconhecer o direito à compensação nos termos em que foi deferida na decisão do Tribunal Regional. Recurso de revista conhecido e desprovido. (fls.640-641)

Alega a Embargante que a decisão da Turma contrariou as Súmulas nºs 102 e 109 do TST, bem como divergiu do aresto trazido a confronto.

O aresto colacionado, às fls.662-667, é específico à hipótese dos autos, visto que adota a tese no sentido de não ser devida a compensação das horas extras.

Conheço do Recurso, por divergência jurisprudencial.

2 - MÉRITO

2.1 - HORAS EXTRAS JORNADA DE SEIS HORAS GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - COMPENSAÇÃO

Conforme consignado no acórdão Regional (fls.557-558), a gratificação paga à Reclamante visava à contraprestação da sobrejornada do bancário, e não à jornada ordinária de função de confiança.

Consoante se evidencia, in casu, o plano de cargos e salários da Reclamada previa uma gratificação para a jornada de seis horas e outra para a de oito horas, tendo a obreira optado pela segunda.

Uma vez declarada a invalidade da opção realizada pela Reclamante, a consequência é o retorno das partes ao *status quo*.

O art. 182 do Código Civil preceitua que, anulado o negócio ju-

rídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam (...).

Por conseguinte, as horas extras devidas à Reclamante devem ser calculadas com base no valor previsto no plano de cargos e salários para uma jornada de seis horas. De fato, ficou reconhecido, na espécie, o direito a essa duração laboral.

Se a nulidade não produz efeitos, não há sequer como reconhecer a incorporação da gratificação percebida à remuneração da Reclamante.

Assim, para impedir eventual enriquecimento ilícito, necessária é a compensação dos valores devidos com o que foi efetivamente pago à Reclamante, considerando a diferença entre a gratificação prevista no plano de cargos e salários para a jornada de oito horas e a estipulada para a jornada de seis horas.

Cito precedentes desta Corte na SBDI-1:

EMBARGOS - COMPENSAÇÃO GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO HORAS EXTRAS 1. Uma vez declarada a invalidade da opção realizada pelo Reclamante, a consequência é o retorno das partes ao *status quo*. Com efeito, o art. 182 do Código Civil preceitua que, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam (...). 2. Por conseguinte, as horas extras devidas ao Reclamante devem ser calculadas com base no valor previsto no plano de cargos e salários para uma jornada de seis horas. E, de fato, restou reconhecido, na espécie, o direito

a essa duração laboral. Embargos não conhecidos. (Proc. nº TST-E-RR-428/2006-006-10-00, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, pub. DJ. 20/06/2008);

Na sessão do dia 24 de abril de 2008, a SBDI-1 julgou o processo nº TST-1040/2006-005-10-00, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, pub. DJ. 09/05/2008, no mesmo sentido do precedente acima citado.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhes provimento, vencidos os Exmos. Ministros Lelio Bentes Corrêa, Aloysio Corrêa da Veiga, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Maria de Assis Calsing.

Brasília, 12 de agosto de 2008.

Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Relator.

Tribunal de Justiça - RS

ADI. Consignação em folha de pagamento. Exclusividade. Conveniência e oportunidade.

EMENTA OFICIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 15.750/2007, DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. ESTABELECIMENTO DE REGRAS ACERCA DAS CONSIGNAÇÕES EM FOLHA DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS EM FAVOR DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA PREVISTO NO ART. 157, V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR, TRATANDO-SE DE CONSIGNAÇÃO FACULTATIVA, NÃO PODENDO O ADMINISTRADOR SER COMPELIDO A CELEBRAR CONVÊNIOS.

I. Possível o exame da constitucionalidade de decreto quando presentes os requisitos da generalidade e abstração.

II. Estando perfectibilizada a pertinência temática entre as atribuições institucionais do Sindicato requerente com o objeto da presente ADIN afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa.

III. Não há qualquer inconstitucionalidade no Decreto Municipal que dispõe sobre consignações em folha de pagamento em favor da Caixa Econômica Federal por se

referir a convênios facultativos, não havendo obrigatoriedade de a Administração fornecer canal de desconto facultativo para os servidores, tratando-se de mera facilidade que pode ser ofertada pela Administração, observada a conveniência e oportunidade do Administrador, sempre considerado o interesse público.

Tratando-se de desconto facultativo, sempre há necessidade de celebração do respectivo convênio entre a Administração e o consignatário, lembrando-se que nessa espécie de celebração, que não se confunde, sob qualquer hipótese, com contrato administrativo, não há obrigatoriedade de celebração de convênio, sendo este ultimado quando há interesses recíprocos, preponderando, obviamente, o interesse da Administração, observado o caso, que não pode ser compelida a celebrar convênios com terceiros, sendo da essência do convênio a possibilidade de denúncia do mesmo por qualquer um dos contratantes.

Ação julgada improcedente, vencido o Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do

Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar as preliminares e, por maioria, em julgar improcedente a ação, vencido o Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini - Relator.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE), DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO, DES. VLADIMIR GIACOMUZZI (IMPEDIDO), DES. VASCO DELLA GIUSTINA, DES. DANÚBIO EDON FRANCO, DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO, DES. ROQUE MIGUEL FANK, DES. LEO LIMA, DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, DES. ARNO WERLANG, DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL, DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH, DES. IRINEU MARIANI, DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, DES.^a MARA LARSEN CHECHI, DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES, DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, DES. SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY, DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, E DES. MARIO ROCHA LOPES FILHO.

Porto Alegre, 18 de agosto de 2008.

Des. Luiz Felipe Silveira Difini - Relator Vencido.

Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro - Redator para o acórdão.

ADI Nº 70022617153. DJE/RS 07/10/2008.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI (RELATOR VENCIDO)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo SINDICATO DOS MUNICÍPIOS DE PORTO ALEGRE - SIMPA tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 15.476/2007, do Município de Porto Alegre.

Aduz que o Decreto inquinado de inconstitucional, ao estabelecer exclusividade da Caixa Econômica Federal em conceder empréstimos pessoais aos servidores municipais, violou o princípio constitucional do direito de liberdade em contratar, assim também as disposições do caput do art. 5º, da Constituição Federal.

Destaca afronta ao art. 170, incisos IV e V, da Constituição Federal, tendo em vista a indisponibilidade de o servidor público buscar a concorrência no mercado para contrair empréstimos na modalidade de desconto em folha.

Argumenta que os termos do Decreto questionado impõem condições que estão em total desacordo com o Código de Defesa do Consumidor, já que detém o poder de escolha do servidor (consumidor) na contratação de um determinado serviço.

Assevera que a exclusividade na prestação de um serviço, através de empréstimo consignado, por apenas uma instituição financeira acarretaria a eliminação da concorrência e a dominação do mercado, em ofensa ao disposto no parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal.

Alega que o Decreto nº 15.750 desconsiderou os princípios insertos no art. 37, caput, da Cons-

tituição Federal, em especial o princípio da moralidade, legalidade e impessoalidade.

Refere que a Lei Federal nº 10.820 regulamenta a modalidade de empréstimo pessoal com consignação em pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), possuindo livre escolha da instituição consignatária, o que está sendo violado pela nova legislação municipal.

Afirma que o Decreto Municipal hostilizado contraria a Constituição Estadual nos arts. 1º, 8º, 19, caput, 157, I e II, 189 e 267, IV.

Requer a concessão de liminar para a suspensão do Decreto 10.570/2007, para que permaneça em vigor os dispositivos do Decreto nº 15.476/2007.

Em decisão de fls. 66-70, restou deferida a liminar, para o fim de suspender a vigência do Decreto nº 15.750/07.

À fl. 82 a Câmara Municipal de Porto Alegre peticionou dizendo não tem informações a prestar.

Notificado, o Prefeito Municipal de Porto Alegre prestou suas informações às fls. 85-108. Preliminarmente, suscitou a impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que o Decreto impugnado carece de abstração e generalidade em seu conteúdo, devendo ser visto como mero ato de administração da folha de pagamento do Município de Porto Alegre. Aduz, ainda, a falta de legitimidade ativa do Sindicato para a propositura do pleito ante a ausência do requisito que a doutrina convencionou chamar de pertinência temática, referindo

que o requerente não está incumbido estatutariamente da defesa dos interesses envolvidos em eventuais empréstimos tomados pelos seus filiados. No mérito, tece considerações acerca da regularidade da contratação dentro da disciplina da administração de pessoal do Poder Público Local e das licitações e contratos administrativos. Ressalta que o Administrador Público pode limitar os canais de descontos facultativos e que a amplitude destes não são direitos dos servidores, mas devem atentar para a eficiência da Administração Pública.

Argumenta que a Administração, utilizando-se de seu Poder Discricionário, deverá fixar a melhor maneira de organizar o seu sistema de desconto facultativo em folha de pagamento, no intuito de melhor gerir a sua folha de pagamento.

A Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores da Administração Pública de Porto Alegre - MUNICRED LTDA peticionou às fls. 768-775. Postulou sua habilitação no feito como assistente litisconsorcial do Sindicato requerente. Argumentou que é manifestamente inconstitucional o Decreto, uma vez que acabou por dar exclusividade a uma única instituição financeira da prestação de serviços de operação de concessão de crédito com pagamento consignado em folha de pagamento dos servidores municipais do Município de Porto Alegre.

Por sua vez, o Sindicato dos Municipários de Porto Alegre - SIMPA peticionou às fls. 850-852,

argumentando que o Sr. Prefeito está descumprindo ordem judicial emanada da liminar concedida, tendo em vista que determinou o cancelamento do canal que possibilita as averbações de contratos firmados com as instituições financeiras conveniadas. Requereu a intimação do requerido para que seja possibilitada a continuidade das averbações de consignações em folha de pagamento dos empréstimos realizados entre os serventuários e as instituições financeiras até então conveniadas junto ao Município de Porto Alegre, sob pena de multa diária.

Em decisão de fls. 858-859 foi determinada a habilitação litisconsorcial da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores da Administração Pública de Porto Alegre - MUNICRED Ltda, bem assim foi indeferido o pedido de manutenção do canal de desconto e de continuidade das averbações de consignações em folha de pagamento.

A Procuradora-Geral do Estado, às fls. 862-869, requereu a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, pugnou pela manutenção do Decreto, com base no princípio que presume sua constitucionalidade.

Em parecer (fls. 878-881), manifestou-se o Ministério Público pela rejeição das preliminares e pela improcedência da Adin.

É o relatório.

VOTO

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA
DIFINI (RELATOR VENCIDO)

De início, rejeito a preliminar de não-cabimento de ação direta de inconstitucionalidade no caso concreto.

O próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de a constitucionalidade de decreto ser desafiada na via concentrada, se presente os requisitos da generalidade e abstração, conforme aresto assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA QUE QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. FUNÇÃO NORMATIVA, REGULAMENTO E REGIMENTO. ATO NORMATIVO QUE DESAFIA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À ADI. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido. (ADI - AgR 2950/RJ - Rio de Janeiro, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão:

Min. Eros Grau, Julgamento: 06/10/2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 09/02/2007, pp. 00016)

Tenho que, no caso, o decreto veicula comando abstrato e dotado de impessoalidade, assumindo suficiente conteúdo normativo, podendo, pois, ser discutida sua constitucionalidade na via eleita.

De igual forma, descabe a preliminar de ilegitimidade ativa. Entendo configurada a legitimidade ativa, haja vista a expressa referência na Constituição Estadual acerca dos habilitados à propositura da ADIN perante esta Corte de Justiça. Nesse sentido, é clara a norma do art. 95, § 2º, VI, da Constituição Estadual ao estabelecer a legitimidade ativa do Sindicato do Municipários de Porto Alegre - Simpa.

Por outro lado, não calha a afirmação no sentido da inexistência de pertinência temática entre a questão jurídica posta e os objetivos estatutários do Sindicato. Pelo que se constata do art. 2, item b, da Ata de Criação do Sindicato requerente (fls. 33-53), é finalidade da entidade sindical defender, perante órgãos públicos e de direito privado, os interesses dos associados, relacionados com a vida funcional.

Nessa perspectiva, entendo perfectibilizada a pertinência temática entre as atribuições institucionais da requerente com o objeto da presente ADIN, notadamente porque o ato normativo impugnado, ao restringir as consignações em folha de pagamento, atinge, inexoravelmente,

direito dos servidores municipais, associados que são da entidade requerente, daí decorrendo sua legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda.

A esse respeito já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe do julgado assim ementado:

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. Legitimidade ativa da Confederação. O Decreto de 27/05/54 reconhece-a como entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional. Precedente. 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas" (CF, artigo 179). 4. Não há ofensa

ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 1643/UF, Relator Min. Maurício Corrêa, julgamento: 05/12/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 14/03/2003, pp. 00027)

Superadas as preliminares, adentro no mérito.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a retirada do mundo jurídico do Decreto nº 10.750, de 30 de novembro de 2007, do Município de Porto Alegre, que alterou o Decreto nº 15.476/2007, que regula as consignações em folha de pagamento e dá outras providências. O decreto inquinado de inconstitucional está assim redigido, verbis:

Art. 1º Ficam suprimidos os incisos VII, VIII, XI e XII do artigo 4º do Decreto nº 15.476, de 26 de janeiro de 2007.

Art. 2º Fica alterada a redação dos incisos II, IX, X e § 1º do artigo 4º do Decreto nº 15.476, de 26 de janeiro de 2007, o qual passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º

...

II - financiamento de imóvel residencial, ou material de construção, concedido pela Caixa Econômica Federal;

...

IX - amortização de empréstimos pessoais concedidos pela Caixa Econômica Federal;

X - amortização de empréstimos rotativos contratados mediante cartão de crédito da Caixa Econômica Federal.

§1º Serão denunciados todos os convênios vigentes para canal de desconto referente às operações de crédito, não sendo atingidas as operações de crédito concedidas até 60 (sessenta) dias da notificação da denúncia, as quais permanecerão com desconto consignado em folha de pagamento até sua integral liquidação."

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 24 de outubro de 2007.

Por pertinente, reproduzo os incisos suprimidos do art. 4º do Decreto nº 15.476, de 26 de janeiro de 2007, pelo Decreto nº 15.750:

Art. 4º Somente poderão ser consignadas as seguintes espécies de consignações facultativas:

(...)

VII - amortização de empréstimos pessoais concedidos por cooperativas de crédito;

VIII - contribuições de quotas capital em favor de cooperativa de crédito de servidores públicos municipais;

(...)

XI - amortização de assistência financeira concedida por entidade de previdência complementar aberta, sem fins lucrativos, para os seus associados;

XII - amortização de empréstimos rotativos contratados mediante cartão de crédito.

Pelo que se observa dos dispositivos legais transcritos, o Decreto nº 15.750/2007, ao estabelecer novo regramento para as consignações em folha de pagamento dos servidores do Município de Porto Alegre, criou regra de exclusividade da Caixa Econômica Federal para empréstimos pessoais a serem disponibilizados para os referidos servidores, em evidente contrariedade com os ditames da Constituição Federal e da Constituição Estadual, em especial o princípio da livre concorrência, da livre iniciativa e da igualdade.

O art. 170 da Constituição Federal tem a seguinte redação:

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;

Atenta ao princípio da simetria, a Constituição Estadual assim prescreve:

Art. 157 - Na organização de sua economia, em cumprimento ao que estabelece a Constituição Federal, o Estado zelará pelos seguintes princípios:

(...)

V - convivência da livre concorrência com a economia estatal;

Com efeito, o princípio da livre concorrência foi erigido à condição de princípio pela Constituição Federal de 1988, não havendo expressa previsão nas Constituições anteriores.¹

A preocupação do legislador constituinte originário centrou-se justamente em proteger a liberdade de iniciativa econômica, criando limites ao *abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (Art. 173, § 4º, da Constituição Federal).

Na doutrina, temos a valorosa lição de Eros Roberto Grau acerca da matéria, que assim se manifesta:²

A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído - "livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela" -, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal.

O Pretório Excelso também já teve oportunidade de se manifestar a esse respeito. O Ministro Carlos Velloso, na ADI 1094/DF, asseverou que *a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização*

¹ Uadi Lammêgo Bulos. **Constituição Federal Anotada**. 4ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucionai n. 35/2001 - São Paulo: Saraiva, 2002, p.1142.

² A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica), 10ed., revista e atualizada - São Paulo: Malheiros Editores Ltda: São Paulo, 2005, p.209.

do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo vigamestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. (ADI-MC 1094/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento 21/09/1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 20/04/2001, p.00104).

Nesse compasso, a vedação de os servidores municipais poderem optar pela instituição financeira que ofereça melhores serviços e melhores tarifas, em face da exclusividade instituída com relação à Caixa Econômica Federal, consubstancia, a toda evidência, vulneração aos princípios inculpidos tanto na Constituição Federal, quanto na Estadual.

Destarte, estabelecer-se privilégio irrestrito para que apenas uma instituição financeira seja a responsável pelos empréstimos pessoais de todos os servidores municipais engendra total descompasso com os ditames constitucionalmente albergados, na medida em que tolhida, forma desarrazoada, qualquer liberdade de escolha do servidor público municipal.

Desta forma, é flagrante a afronta ao art. 170, IV, da Constituição Federal, assim também o art. 157, V, da Constituição Estadual,

pelo que se impõe o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto nº 15.750/2007.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 15.750, de 30/11/2007, do Município de Porto Alegre.

VOTO

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO (REDATOR PARA O ACÓRDÃO)

Eminentes colegas. Concordo com o eminente Relator no tocante ao afastamento das prefeacias suscitadas.

Todavia, no tocante ao mérito, estou a divergir, para efeito de julgar improcedente a presente ADIn. Com efeito, deve ser observado que as consignações e descontos em folha de pagamento dos funcionários estão regradas pela LC 133/85, dispondo o art. 104 quais as consignações e descontos obrigatórios.

Por outro lado, possibilita o art. 105 da mesma norma a consignação e desconto facultativos, mediante prévia autorização do funcionário, determinando o art. 108 que as consignações, para efeito de descontos, serão objeto de regulamento.

Em face disto, resolveu a Administração Municipal regulamentar a questão através do Decreto nº 15.476/07, disciplinando, desta forma, os descontos obrigatórios e facultativos, permitindo a eficácia dos artigos constantes na LC 133/85, antes mencionados.

Conveniente salientar o disposto no art. 2º, inciso VII, do Decreto

em questão, regulando a consignação facultativa, no caso, os descontos efetuados sobre os vencimentos ou salários consignados em folha de pagamento, mediante expressa autorização do servidor em favor dos consignatários, mediante convênio firmado com a Administração Pública Municipal direta, autárquica ou fundacional.

Isto significa, obviamente, que para que seja possível qualquer consignação, além da autorização do servidor, há necessidade de celebração de convênio entre a Administração e o consignatário.

Posto isto, deve ser considerado que, em face do regramento em questão, não há obrigatoriedade de a Administração fornecer canal de desconto facultativo para os servidores, tratando-se de mera facilidade que pode ser ofertada pela Administração, observada a conveniência e oportunidade do Administrador, sempre considerado o interesse público.

Logo, não há qualquer inconstitucionalidade no Decreto nº 15.750/07, que alterou parcialmente o art. 4º do Decreto nº 15.476/07, suprimindo os incisos VII, VIII, IX e XII do mesmo artigo, regramdo a possibilidade de desconto em caso de financiamento de imóvel residencial ou material de construção concedido pela CEF, bem como amortização de empréstimos pessoais e rotativos contratados mediante cartão de crédito com a CEF, prevendo o § 1º, observada a nova redação, a denúncia de todos os convênios vigentes para canais de desconto, tirante as operações de crédito concedidas até 60 dias da

notificação da denúncia, que permanecerão com desconto consignado em folha de pagamento até sua integral quitação, nem tampouco se falar em violação ao princípio da livre concorrência, iniciativa ou de igualdade.

Deve ser observado, convém repetir, que, em se tratando de desconto facultativo, sempre há necessidade de celebração do respectivo convênio entre a Administração e o consignatário, lembrando-se que nessa espécie de celebração, que não se confunde, sob qualquer hipótese, com Contrato administrativo, não há obrigatoriedade de celebração de convênio, sendo este ultimado quando há interesses recíprocos, preponderando, obviamente, o interesse da Administração, observado o caso, que não pode ser compelida a celebrar convênios com terceiros, sendo da essência do convênio a possibilidade de denúncia do mesmo por qualquer um dos contratantes.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 340, 12ª ed., RT, São Paulo, 1986.

De outra parte, deve ser observado que há a devida justificativa pela Administração em conceder a exclusividade à Caixa Econômica Federal, que foi contratada na forma do que permite o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, qual seja, de que o programa PROCONSIG, que foi desenvolvido pela Municipalidade para permitir as consignações em folha tornou-se mais vantajoso para o servidor privado, sem qualquer vantagem para o ente públi-

co, que, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, visando auferir receita com o programa por ele desenvolvido, resolveu alienar a folha de pagamento da Municipalidade, junto com a possibilidade de consignações, percebendo expressiva receita em espécie, na ordem de R\$ 87.374.000,00, além de investimento no valor de R\$ 18.000.000,00 em imóvel da Municipalidade.

Ademais, não há que se falar em impossibilidade de os servidores contratarem empréstimos com outras instituições financeiras porque a contratação entre as referidas partes não é vedada, apenas não sendo possível o desconto em folha.

Em face disto, tratando-se de contratação vantajosa para a Administração, observados os requisitos legais e a facultatividade do desconto, conforme antes analisado, não poderia o ente público abrir mão da possibilidade de receita, inexistindo qualquer inconstitucionalidade no Decreto nº 15.750/07, lembrando-se, convém repetir, que qualquer consignação somente pode ser feita através de convênio, o qual não pode ser imposto ao ente público, considerada sua natureza, podendo a Administração celebrar convênio com quem desejar, observado o interesse público em questão, o que, no meu sentir, tornaria inócua a presente ADIn, caso procedente, porque, neste caso, a solução a ser adotada poderá ser a denúncia dos convênios celebrados com os demais consignatários, tirante o convênio celebrado com o CEF.

Por estes motivos, julgo improcedente a ação.

QUANTO ÀS PRELIMINARES:

TODOS OS DESEMBARGADORES VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR.

QUANTO AO MÉRITO:

DES. MARIO ROCHA LOPES FILHO - Senhor Presidente, eu tive um debate com o Des. Difini e acabei me convencendo de que a divergência tem razão. Assim, estou acompanhando a divergência.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE)

Acompanho o voto do eminente Des. Duro.

DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO - Peço vênias para acompanhar a divergência.

DES. VASCO DELLA GIUSTINA - Iguamente.

DES. DANÚBIO EDON FRANCO - Também com a divergência.

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS - Peço vênias ao em. Relator, ao efeito de acompanhar a divergência, dando pela improcedência da ação.

DES. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS - Acompanho a divergência.

DES. LEO LIMA - Acompanho a divergência.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA - Com a vênias do eminente Relator, fico com a divergência, pelos fundamentos do voto do ilustrado Des. Duro, na linha, de resto, do que já constara do r parecer da Procuradoria de Justiça.

DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA - No tocante às preliminares, acompanho o eminente

relator. No entanto, no que tange ao mérito, com a vênia do Relator, estou acompanhando o Revisor, para julgar improcedente a presente ação.

DES. ARNO WERLANG - Acompanho a divergência.

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL - Também.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Na esteira do voto do Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, estou rejeitando as preliminares e julgando improcedente a ação declaratória de inconstitucionalidade.

É o voto.

DES. IRINEU MARIANI - Com o Revisor.

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO - Eminentemente Presidente. Eminentemente Colegas.

No caso sob exame, acompanho o ilustre Relator na rejeição das preliminares. No mérito, no entanto, com todo o respeito, acompanho a divergência inaugurada e a fundamentação deduzida pelo eminente Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, a fim de julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É o voto.

DESA. MARA LARSEN CHECHI - Rogando vênias ao Relator, acompanho a divergência.

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES - Com a divergência.

DES. PAULO DE TARSO V. SANSEVERINO - Com a divergência.

DES. SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY - Acompanho a divergência.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ - Com a divergência.

DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO - Acompanho o voto do e. Des. Duro.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - PRESIDENTE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 70022617153, COMARCA DE PORTO ALEGRE: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, POR MAIORIA, JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO, VENCIDO O DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI - RELATOR." LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DESEMBARGADOR CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO. IMPEDIDO O DESEMBARGADOR VLADIMIR GIACOMUZZI. NÃO PARTICIPOU, POR MOTIVO JUSTIFICADO, O DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. PROFERIRAM SUSTENTAÇÃO ORAL OS DRS. ANDRE LUIS SONNTAG PELO PROPONENTE E O DR. JOÃO BATISTA LINCK FIGUEIRA PELO REQUERIDO. ESTEVE PRESENTE A DRA. JUSSARA ROLIM STOCKER DA CUNHA PELO LITISCONSORTE.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Disparo acidental de alarme bancário. Cobrança de taxa. Inconstitucionalidade.

EMENTA OFICIAL

TRIBUTÁRIO. TAXA DE COBRANÇA. DISPARO ACIDENTAL DE ALARME BANCÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

1. O serviço prestado pela Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, por se tratar de atividade geral e genérica, apenas pode ser custeado por imposto, não se enquadrando nos necessários critérios à instituição de taxa, a qual exige serviço público divisível e específico.

2. O STF, guardião máximo da constitucionalidade das leis pátrias, já declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais tendentes a instituir taxa de cobrança por atendimento a disparo acidental de alarme bancário, editadas pelos Estados do Pará (ADI nº 1942) e do Ceará (ADI nº 2424).

3. Confirmada sentença que anulou os lançamentos tributários decorrentes dessa referida taxa, e reconheceu a ilegalidade da incidência do tributo instituído pelo art. 1º, II, da Lei nº 8.109/85.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,

decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de abril de 2008.

Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira - Relator

AC 2006.71.00.023124-7/RS. DE 29/04/2008

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária movida pela Caixa Econômica Federal (CEF) contra o Estado do Rio Grande do Sul, objetivando a anulação dos lançamentos tributários decorrentes da taxa instituída pela Lei Estadual nº 8.109/85, referente a chamada indevida por disparo acidental de alarme bancário. Afirma que a exação não possui amparo constitucional, por não se tratar de serviço público divisível e específico.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido às fls. 36/37.

Citado, o Estado do Rio Grande do Sul contestou, defendendo a legalidade da taxa por estar claramente regulamentada sua aplicação nos arts. 1º e 2º da Lei 8.109/

85. Argumentou que, quando uma instituição bancária acionar, de forma acidental, o alarme bancário, e atendida a ocorrência por parte da Brigada Militar, haverá a cobrança da taxa prevista em lei, pela utilização de serviço público específico (fls. 46/54).

A sentença julgou procedente o pedido da parte autora para declarar ilegal a taxa de cobrança instituída pelo art. 1º, II, da Lei Estadual nº 8.109/85, em virtude de disparo acidental de alarme bancário, e anular os lançamentos tributários decorrentes. Condenou o Estado do Rio Grande do Sul nas custas processuais e em honorários advocatícios de R\$ 500,00 (quinhentos reais), forte no art. 20, § 4º, do CPC. Submeteu a sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira - Relator.

VOTO

Trata-se de ação visando desconstituir taxa de serviço cobrada pelo Estado do Rio Grande do Sul em razão de atendimento de ocorrência pela Brigada Militar em agências da Caixa Econômica Federal, causada por disparo acidental de alarme bancário.

A segurança pública é dever do Estado e visa o benefício da coletividade como um todo, assegurando a paz social. Tratando-se de poder de polícia dirigido à coletividade, não divisível e nem referido diretamente a uma pessoa

individuada e isoladamente, não existe amparo à cobrança de taxa.

O serviço prestado pelo órgão competente, a Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, por se tratar de atividade geral e genérica, apenas pode ser custeado por imposto, porque não se enquadra nos necessários critérios à instituição de taxa, a qual exige serviço público divisível e específico.

O Centro Integrado de Operações do Grupamento de Supervisão de Vigilância e Guardas da Brigada Militar não tem atribuição específica de atender aos chamados decorrentes de disparo de alarme de instituição bancária, mas de normatização, fiscalização e controle de prestadoras de serviço de segurança privada.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA. CHAMADA INDEVIDA POR DISPARO ACIDENTAL DE ALARME BANCÁRIO. IMPOSIBILIDADE.

O Poder de Polícia, inerente e imanente ao Estado, é geral e genérico e exercido limitando direitos e atividades em prol do bem comum da sociedade. O serviço prestado pela Brigada Militar, através do Centro Integrado de Operações do Grupamento de Supervisão de Vigilância e Guardas da Brigada Militar, do qual se originou o auto de lançamento que impôs a cobrança do tributo questionado pela apelante, não se enquadra nos critérios fixados pelo CTN como caracterizadores do tributo na es-

pécie "taxa". Para cobrança de taxa é necessário que seja destacado ou especificado aparato material e de recursos humanos finalisticamente orientados para a prestação da atuação ou atividade estatal. Serviço que é específico quando o Estado estiver regularmente aparelhado para prestar a atividade. Ainda que se trate de Departamento destacado da Brigada Militar enquanto corporação, estruturado e composto de forma especificada, não tem atribuição específica de atender aos chamados decorrentes de disparo de alarme de instituição bancária. Atribuições do Departamento de Supervisão que são de normatização, fiscalização e controle de prestadoras de serviço de segurança privada. Poder de fiscalização e vigilância, dirigido à coletividade, não divisível e nem referido diretamente a uma pessoa individual e isoladamente, não apropositando, em tais circunstâncias, a cobrança de taxa. A segurança pública é dever do Estado, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Exegese do art. 144 da Constituição Federal. Atividade fim do Estado que é sustentada por impostos, inviabilizando a cobrança de taxa em decorrência de sua prestação, ainda que a particular. Precedentes do STF. APELO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(Apelação Cível Nº 70011475969, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 09/11/2005)

O Supremo Tribunal Federal se pultou de vez a pretensão dos Estados em instituir essa taxa de serviço específico, ao declarar a inconstitucionalidade dessa mesma exação, criada por lei estadual do Estado do Pará (ADI nº 1942) e do Ceará (ADI nº 2424), cujos acórdãos foram assim ementados:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º e Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará. Medida Liminar. - Em face do artigo 144, "caput", inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público. - Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública. - Ocorrência do requisito da conveniência para a concessão da liminar. Pedido de liminar deferido, para suspender a eficácia "ex nunc" e até final julgamento da presente ação, da ex-

pressão "serviço ou atividade policial-militar, inclusive policiamento preventivo" do artigo 2º, bem como da Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará." (grifei)

(ADI 1942 MC/PA, STF, Tribunal Pleno, Relator Min. MOREIRA ALVES, j. em 05/05/1999, DJU de 22/10/1999. p.57).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei nº 13.084, de 29.12.2000, do Estado do Ceará. Instituição de taxa de serviços prestados por órgãos de Segurança Pública. 3. Atividade que somente pode ser sustentada por impostos. Precedentes. 4. Ação julgada procedente."

(ADI 2424/CE, STF, Tribunal Pleno, Relator Min. GILMAR MENDES, j. em 01/04/2004, DJU de 01/06/2004, p.00044).

Em razão da Suprema Corte, guardiã máxima da constitucionalidade das leis pátrias, já ter declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais tendentes a instituir taxa de cobrança por atendimento a disparo acidental de alarme bancário, merece ser confirmada in totum, a sentença que anulou os lançamentos tributários decorrentes dessa referida taxa e reconheceu a ilegalidade da incidência do tributo instituído pelo art. 1º, II, da Lei nº 8.109/85.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao apelo e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira - Relator

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Protesto de títulos sem causa. Endosso translativo. Responsabilidade exclusiva do emitente.

EMENTA OFICIAL

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO DE DUPLICATAS MERCANTIS. DANO MORAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Recurso que, embora conhecido para fim de prequestionamento, deve ser rejeitado pela ausência do apontado pressuposto de acolhida, qual seja a omissão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 18 de junho de 2008.

Valdemar Capeletti - Relator

AC 2006.71.04.005454-3/RS. DE 01/07/2008.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos ao acórdão de fl. 184.

Relativamente ao acórdão embargado, o apelante e ora embargante, visando ao prequestionamento, ale-

ga omissão quanto à aplicabilidade, na espécie, das disposições infraconstitucionais explicitadas nas razões recursais de fls. 188/191.

É o relatório.

Valdemar Capeletti - Relator

VOTO

Conheço dos embargos de declaração porque visam ao prequestionamento de matéria recursal.

O voto condutor do acórdão recorrido tem a seguinte redação:

"A sentença recorrida deve ser confirmada.

O apelante teria sido surpreendido pelo protesto de títulos de crédito por conta e ordem da CEF (duplicatas mercantis dos valores de R\$ 12.500,00 e R\$ 8.300,00), que disse nunca ter firmado, desconhecendo o meio fraudulento pelo qual foram criadas e protestadas, assim como a origem do seu valor total nominal de R\$ 20.800,00; acrescentou nada dever às requeridas e afirmou que o endosso pelo qual a CEF tomou posse dos títulos de Implemaster é translativo, o que a torna responsável pelo protesto.

A CEF, por sua vez, sustenta preliminarmente sua ilegitimidade passiva porquanto apenas atuou na qualidade de exercente de direito creditório regularmente ad-

quirido através de endosso translativo, não sendo responsável pela causa legal de emissão das duplicatas nem pelo dano moral decorrente da eventual irregularidade na emissão dos títulos.

Requerido o julgamento do processo no estado em que se encontrava e a decretação da revelia da co-ré CEF, o pedido foi indeferido, sobrevindo agravo retido.

Inicialmente, rejeito o agravo retido pelos próprios fundamentos da decisão agravada de fl. 125.

Quanto ao mérito, faço meus os fundamentos essenciais da sentença apelada, quais sejam:

"De acordo com os fatos narrados e documentos juntados, a empresa ré Implemaster Indústria de Equipamentos Agrícolas Ltda emitiu duas duplicatas contra o autor, nº de ordem e fatura 1004199, nos valores de R\$ 8.300,00 (emissão em 30/03/2006 e vencimento em 15/05/2006) e R\$ 12.500,00 (emissão em 19/04/2006 e vencimento em 18/06/2006), sem aceite pelo sacado (autor), conforme comprovam as cópias dos títulos acostadas às fls. 92 e 95.

Os títulos foram endossados à CEF, mediante contrato de operação de desconto (fls. 84-95), que apresentou as duplicatas para protesto por falta de pagamento em 28/06/2006 (protocolo nº 1617096-6 - fl. 20) e em 12/07/2006 (protocolo nº 1621159-8 - fl. 21). À vista disso, pode-se afirmar a existência de quatro relações jurídicas interligadas.

A primeira, de índole comercial, entre o sacador (Implemaster) e o sacado (autor); a segunda, tam-

bém de índole comercial, entre a endossatária (CEF) e o sacado (autor); a terceira, contratual de cunho consumerista, entre a CEF e a Implemaster, haja vista o contrato de desconto de títulos através do qual as duplicatas foram endossadas; a quarta, de responsabilidade civil extracontratual entre o autor e as requeridas.

A terceira relação tem importância para que seja aferido o estado subjetivo da CEF no recebimento das duplicatas e conseqüentes atos de protesto. A primeira e a segunda, por terem natureza comercial, não estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, porque de relação consumerista não se trata, já que não há fornecimento de crédito da Implemaster ou da CEF ao autor, mas sim uma cobrança de dívida cambiária. Já a responsabilidade extracontratual rege-se pela regra aquiliana, subjetiva, do Código Civil, uma vez que se afirma ter havido ato ilícito por parte de uma ou de ambas as requeridas.

(...)

Colhe-se dos artigos 1º e 2º da Lei nº 5.474/68 que a duplicata mercantil é um título de crédito destinado precipuamente à circulação comercial, qualificado como causal no sentido de que a sua emissão originária depende da existência de uma fatura que, a seu turno, é lavrada a partir de uma compra e venda mercantil ou uma prestação de serviços.

(...)

Nessa modalidade de título de crédito, há um saque, isto é, o emitente (sacador), que é o vendedor ou prestador de serviços, emi-

te o título contra o comprador ou recebedor dos serviços, que é o sacado, a fim de que este salde a obrigação.

Na hipótese dos autos, o autor, que figura como sacado, alega que as duplicatas foram emitidas sem nenhum lastro negocial, não tendo existido qualquer compra e venda ou prestação de serviços que as represente, pelo que emitidas sem causa debendi que as justificasse.

(...)

Nunca, em qualquer época, firmou-lhes os títulos de crédito referidos, seja em favor do agente financeiro, seja em favor de sua empresa cliente co-ré, absolutamente desconhecendo por qual meio fraudulento ou qual contratação as inválidas cambiais foram criadas e protestadas, nem de onde surgiu o valor total nominal de R\$ 20.800,00 - afinal, nada deve às promovidas. (fl. 03)

Com efeito, conforme se verifica nas cópias das cártulas encartadas às fls. 92 e 95, os títulos não contêm assinatura do autor que pudesse caracterizar o reconhecimento da exatidão e obrigação de pagar a duplicata, como preceitua o art. 2º, §1º, VIII, da Lei nº 5.474/68. A aposição da assinatura configuraria o aceite cambial ordinário.

Ocorre, todavia, que a duplicata é título de crédito de aceite obrigatório, independente da vontade do sacado, que, não obstante não tenha aceitado expressamente, responde cambialmente pela dívida.

(...)

Qualquer que seja o comportamento do comprador, isto em nada

altera a sua responsabilidade cambial, já definida em lei. A duplicata mercantil é título de aceite obrigatório, ou seja, independe da vontade do sacado (comprador). Ao contrário do que ocorre na letra de câmbio, em que o sacado não tem nenhuma obrigação de aceitar a ordem que lhe foi endereçada, na duplicata o sacado está, em regra, vinculado à aceitação da ordem, só podendo recusá-la em situações previamente definidas em lei. Quando se afirma que o aceite da duplicata é obrigatório não se pretende que ele não possa ser recusado, mas, sim, que a sua recusa somente poderá ocorrer em determinados casos legalmente previstos. Situação diametralmente oposta à do sacado da letra de câmbio, que pode, sempre e a seu talante, recusar-se a assumir a obrigação cambial.

(...)

A recusa de aceite a uma duplicata mercantil só é admissível nos casos previstos pelo art. 8º da LD, ou seja, por motivo de: a) avaria ou não recebimento de mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por conta e risco do comprador; b) vícios na qualidade ou quantidade das mercadorias; c) divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Em qualquer uma destas três hipóteses, e somente nestas, poderá o comprador recusar o aceite e, portanto, não assumir obrigação cambial. É claro que as partes poderão discutir, em juízo, a ocorrência destas causas, confirmando ou desconstituindo o ato de recusa do comprador.

A duplicata não foi enviada pelo sacador ao sacado para aceite. Ao contrário, preferiu aquele oferecer o título para desconto à CEF, por força do contrato de limite de crédito para operações de desconto (fls. 83-95).

Logo, inviabilizada a oportunidade aberta pelo art. 6º da Lei nº 5.474/68 pela ausência de remessa, coube ao autor, através desta ação judicial, manifestar-se pela não aceitação da duplicata alegando a inexistência do pressuposto de fato, ou seja, da relação negocial de compra e venda de mercadoria ou de prestação de serviços.

No entanto, em que pese o autor seja agricultor e a empresa ré sacadora do título realize a venda de produtos e implementos agrícolas, não há nos autos qualquer elemento que demonstre efetivamente a existência de causa para a emissão das duplicatas, o que deveria ter sido feito através de apresentação do contrato subjacente, de nota fiscal de venda de mercadorias ou prestação de serviços, ou de documento comprobatório da entrega e recebimento de mercadorias, ônus que cabia à empresa ré Implemaster, sacadora do título.

(...)

Entretanto, embora regularmente citada, conforme comprova o Aviso de Recebimento da fl. 51, a empresa ré mencionada deixou transcorrer *in albis* o prazo à resposta, fato que motivou a decretação da sua revelia (fl. 100).

Assim, embora no caso dos autos não se possa considerar a presunção da veracidade dos fatos preconizada pelo art. 319 do CPC em

face do disposto no art. 320, I, ("se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação"), é inafastável a conclusão de que a ré IMPEMASTER não se desincumbiu do ônus do fato extintivo do direito do autor, que lhe competia à luz do art. 333, II, do mesmo Diploma, prevalecendo, pois, a versão trazida pelo autor acerca da inexistência do negócio subjacente.

Logo, não satisfeito o ônus da prova pela ré Implemaster, a conclusão única é de se ter como incontroversa a inexistência de relação negocial entre o autor e essa empresa que ensejasse a emissão de fatura e conseqüente duplicata, não havendo, assim, causa para a emissão dos títulos de crédito ora discutidos.

À vista disso, constata-se indícios da ocorrência, em tese, do crime previsto no art. 172 do Código Penal ("Expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviço. Pena - detenção de um a cinco anos, e multa equivalente a 20% sobre o valor da duplicata."), impondo-se a extração de cópia dos autos para remessa ao Ministério Público Federal para que sejam adotadas as providências pertinentes contra o emissor dos documentos.

Nada obstante, a conclusão da ausência de prova do negócio subjacente não significa necessariamente que não exista a dívida representada nas duplicatas, haja vista o endosso que nelas se lançou, de modo que os pedidos de

nulidade e cancelamento dos protestos dependem da aferição dos efeitos jurídicos dessa transmissão.

(...)

Conforme já referido anteriormente, as duplicatas foram formalmente emitidas pela empresa ré acima referida, nº de fatura e ordem 1004199, nos valores de R\$ 8.300,00 (fl. 92) e R\$ 12.500,00 (fl. 95) e endossadas à CEF, mediante contrato de operação de desconto (fls. 83-95).

Conquanto causal, a duplicata é um título à ordem, uma vez que transmissível mediante endosso, ato conceituado por JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA como "um modo peculiar aos títulos de crédito de transferência dos mesmos. Diz-se que é um modo, porque os títulos, desde que ao portador, podem circular também pela simples tradição. Ao endossar o título, o endossante transfere ao endossatário o título e, em consequência, o direito nele incorporado" (Títulos de Crédito - Doutrina e Jurisprudência, 2ª ed, Livraria do Advogado, 1996, pág. 87).

Com efeito, dispõe o art. 8º do Decreto nº 2.044/08 (aplicável às duplicatas por força do art. 25 da Lei nº 5.474/68: "Aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio");

(...)

Através dele, o credor pode, unilateralmente, negociar o crédito representado pela duplicata mediante a transferência do título e dos direitos dela emergentes (art. 14 do Decreto nº 57.663/66), de

modo que o endossante (no caso, a empresa ré Implemaster) deixa de ser credor da obrigação, posição jurídica que passa a ser ocupada pelo endossatário (no caso, a CEF).

Além disso, o endosso traz em si o efeito da abstração, ou seja, o endossatário recebe o título desvinculado do negócio subjacente (tenha este existido ou não), só perdendo essa condição se desvestido de boa-fé, dada a regra da inoponibilidade das exceções estatuída no art. 17 do Decreto nº 57.663/66 (aplicável por força do art. 25 da Lei nº 5.474/68):

(...)

Com isso, uma vez posta em circulação comercial (finalidade para a qual a duplicata é emitida - art. 2º da Lei nº 5.474/68), a causa originária - compra e venda ou prestação de serviços - desatrela-se do título em face do efeito da abstração dos títulos de crédito advindo do endosso.

Assim, mesmo inexistindo o pressuposto de fato da emissão das duplicatas, tal discussão não pode ser realizada contra o endossatário que recebeu o título de boa-fé, em favor do qual é válida e eficaz, podendo gozar da plenitude dos direitos que do título emergem, do mesmo modo que teria se o título apresentasse a causa fática.

A boa-fé da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL decorre do contrato que entabulou com a empresa IMPLEMASTER, pelo qual forneceu um limite de crédito de R\$ 300.000,00 a ser disponibilizado na modalidade de "DESCONTO de cheque pré-datado, cheque eletrônico pré-datado garantido e de du-

plicas" (cláusula primeira, fl. 85), com início em 27/09/2005 (cláusula 4ª. Fl. 86).

(...)

Então, efetuou-se a transferência, mediante endosso, das duplicatas antes do seu vencimento, antecipando a CEF ao endossante, com deságio (desconto) de valor, o crédito representado pelos títulos. A partir desta transação, não há indício de que a CEF tivesse ciência de que não houvera a compra e venda ou a prestação de serviços. A esse respeito, já se viu que o aceite expresso na duplicata é despiciendo, não havendo imposição legal de que o endossatário exija do endossante que tenha havido a expressa cientificação do sacado, ou seja, o endosso é suficiente para a transmissão da propriedade do título e dos direitos que dele emergem.

Calha frisar que, segundo consta nas ordens e registros de protestos das fls. 20-24, a espécie de endosso não foi endosso-mandato, mas endosso translativo ao apresentante. Dessa forma, poderia a CEF, após o vencimento, levar os títulos a protesto, independentemente de autorização da empresa ré Implemaster, conforme estipulação contratual (cláusula 8ª).

Desse modo, a ausência de comprovação da relação jurídica mercantil entre o autor (sacado) e a empresa ré Implemaster (sacadora) não prejudica a CEF - endossatária que recebeu as duplicatas formalmente válidas mediante contrato de desconto de duplicatas -, instituição financeira contra a qual as exceções causais existentes não são oponíveis.

Sendo o endosso ato jurídico válido e suficiente, descabe exigir do endossatário o controle da legitimidade da causa debendi das duplicatas, pois, conforme já salientado, com a circulação a causa desvincula-se dos títulos.

Portanto, não há lastro para a anulação das duplicatas, bem como à declaração de inexistência das dívidas cambiárias nelas representadas.

Conseqüentemente, uma vez que não foram pagas pelo sacado nos respectivos vencimentos, abriu-se ensejo para que fossem levadas a protesto por falta de pagamento, como previsto no art. 13 da Lei nº 5.474/68, sob pena de perder o direito de regresso contra o endossante (§4º) e não satisfazer o requisito específico da alínea "a" do inciso II do art. 15 para a cobrança judicial.

Na hipótese dos autos, as duplicatas foram levadas a protesto pela CEF por falta de pagamento, nas datas de 28/06/2006 (protocolo nº 1617096-6 - fl. 20) e 12/07/2006 (protocolo nº 1621159-8 - fl. 21).

Aliás, o próprio contrato de desconto de duplicatas das fls. 84-95 prevê, na sua cláusula 8ª (fl. 87), a autorização para que a CEF efetue o protesto dos títulos endossados, na hipótese de o sacado não pagá-las no vencimento.

(...)

Portanto, a realização dos protestos significou exercício regular de direito da CEF na qualidade de endossatária e proprietária dos títulos de créditos, medida necessária para a salvaguarda do seu direito de regresso contra a endossante (§4º do art. 13) e para o ajuizamento de eventual ação de

cobrança contra o sacado, não havendo, pois, abusividade na sua conduta.

Destarte, considero hígidos os protestos realizados, sendo improcedente a alegação do autor nesse ponto, o qual deverá arcar com o pagamento dos títulos acaso venha a ser acionado pela CEF, nos moldes da legislação de regência.

Já por isso, vê-se não haver postura ilícita da CEF a ensejar a eclosão de danos à esfera jurídica do autor. Se ilicitude houve, esta se deu por parte da ré IMPLMASTER, que, sem a causa fática, emitiu as duplicatas, endossando-as e permitindo que a endossatária adotasse ações com vistas ao recebimento do crédito.

(...)

O autor indica como fato lesivo à sua esfera jurídica o protesto indevido das duplicatas e a averbação negativa do seu nome em bancos de dados de inadimplência, situações que provocaram a perda de chances de negócios e celebração de contratos para financiamento da sua atividade rural.

Segundo refere, esses episódios causaram-lhe danos de ordem moral, pelo qual pretende indenização por parte das rés.

(...)

A notícia de um dos protestos (o de R\$ 12.500,00) no SERASA (fl. 25) não é, em si, postura ilegal, impondo-se uma análise sobre existir ou não causa para tanto. No caso, viu-se que haveria, dada a falta de pagamento do título. Logo, não há reparo a ser feito também nesse aspecto.

No entanto, com relação à empresa ré Implemaster, a situação é diversa.

Como visto, tal empresa emitiu duas duplicatas contra o autor sem relação jurídica negocial, ou seja, sem causa originária, e, aproveitando-se do contrato de descontos firmado com a CEF, realizou a transferência das mesmas mediante endosso e permitiu que a instituição financeira as levasse a protesto por falta de pagamento e incluísse o registro no SERASA. Tal postura empresarial ofende a confiança que permeia a convivência social e constitui-se ato desconforme ao ordenamento, passível de caracterização, inclusive, de ilícito criminal (art. 172 do CP), que, a seu turno, também dá amparo à reparação civil (art. 91, I, CP).

(...)

Nesse viés, toma vulto a necessidade de condenação da ré IMPLMASTER pelos aspectos pedagógico e preventivo insitos à indenizabilidade do dano moral, a fim de impedir que a emissão de duplicatas sem a correlata causa fática ocorra novamente.

(...)

Assim, cotejando os valores atribuídos às duplicatas e o proveito econômico que a empresa procurou auferir, entendo como razoável estipular o valor dentro do espectro do débito atribuído ao autor. Nessa linha, fixo a quantia de R\$ 20.800,00 (vinte mil e oitocentos reais) como suficiente à reparação do dano, capaz de proporcionar à vítima uma satisfação pelo ocorrido e orientar a empresa ré Implemaster a proceder com lisura nos seus atos negociais.

Dito valor deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, §1º, do CTN) desde a data do primeiro protesto (28/06/2006 - fl. 20), haja vista a intelecção das Súmulas nº 43 e nº 54 do STJ."

Essas colocações não merecem reparo em seu delineamento básico.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação."

O acórdão objeto do presente recurso, de modo objetivamente claro, unívoco, consistente e coerente, julgou a temática recursal nos termos do litígio, considerando os aspectos que reputou pertinentes e relevantes à fundamentação do "decisum".

É infundado o argumento da omissão: os dispositivos infraconstitucionais pretendidos preques-

tionar pelo embargante não se aplicam de todo ao caso vertente ou, se porventura entendidos como aplicáveis, sua incidência não se opera no sentido e com o alcance por ela preconizado.

Portanto, inexistente omissão a ser suprida.

Ante o exposto, voto por rejeitar os embargos de declaração.

Valdemar Capeletti - Relator

CERTIDÃO

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU REJEITAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Regaldo Amaral Milbradt - Diretor de Secretaria.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Cadastros restritivos. Antecipação de tutela. Devedora. Inexistência de direito. Enriquecimento sem causa.

EMENTA OFICIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATOS BANCÁRIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA RELATIVA A DESCUMPRIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSCRIÇÃO EM CADASTROS. EFETIVAMENTE DEVEDORA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Quando da decisão que impedia a inscrição, antecipou-se a tutela definitiva de um direito que a parte, enfim, não possuía, pois era mesmo devedora, sendo perfeitamente legal sua inscrição. A manutenção da imposição da multa à CEF, por descumprir antecipação da tutela de direito que a devedora não tinha de fato, passou a configurar enriquecimento sem causa, devendo ser reconhecida sua atual inexigibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento da CEF, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de junho de 2008.

Valdemar Capeletti - Relator
AI 2008.04.00.009072-3/RS. DE
08/07/2008

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, oposto pela CEF contra decisão que acolheu em parte Impugnação ao Cumprimento de Sentença, "para afastar os juros de mora compreendidos da fixação da multa até o dia 14.05.2007, mantida a multa fixada à fl. 271". Em seguida, em sede de embargos declaratórios, o juízo recorrido emendou a decisão, para manter o efeito suspensivo atribuído à impugnação, e rejeitar a pretensão à fixação de honorários advocatícios.

Sustenta a agravante que, embora não tenha sido cumprida a antecipação de tutela deferida em sede de ação revisional, manejada a fim de afastar inscrição da devedora em cadastro de inadimplentes, ao fim da lide verificou-se que a então autora era, de fato, devedora inadimplente, não havendo ilegalidade naquela inscrição. Assim, pleiteia o afastamento da multa imposta pelo descumprimento da tutela antecipada, que hoje soma R\$ 476.032,34, sustentando: a) que a recorrida, de fato é devedora, tendo a ação de origem sido parcialmente acolhida, tão-somente, para afastar a capitalização inferior a

anual; b) que o valor da multa é 12 vezes maior que o débito; c) que o devedor possui inúmeras inscrições em cadastros de inadimplência, a par daquela que fundamentou a multa; d) que o devedor ajuizou inúmeras ações revisionais e de dano moral, sendo elas fulminadas pelo Judiciário; e) que a manutenção da multa importará no enriquecimento sem causa do devedor.

Por fim, pede a procedência do recurso, para que seja reconhecida a inexigibilidade da multa, ou, subsidiariamente, seja reduzido seu valor, e determinada sua compensação com as dívidas do agravado.

Contra a mesma decisão, foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010895-8/RS, pela parte ora agravada, a fim de afastar o efeito suspensivo atribuído à Impugnação, bem assim, para que sejam fixados honorários em sede de Cumprimento de Sentença.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo, bem assim, foi determinado o apensamento ao referido AI nº 2008.04.00.010895-8/RS.

Valdemar Capeletti - Relator

VOTO

A decisão recorrida merece reforma.

A multa discutida no presente recurso, foi imposta a CEF por ter ela deixado de cumprir tutela antecipada, deferida a fim de impedir/suspender inscrição de devedor em cadastro de inadimplência.

Tenho que, embora, num primeiro momento, estivesse a CEF descumprindo ordem judicial en-

tão vigente - estribada em entendimento, aliás minoritário, vez que, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido de que, o mero ajuizamento de ação revisional, não torna o devedor automaticamente imune à inscrição em cadastros negativos de crédito - agindo assim sob sua conta e risco, por fim, em congnição exauriente e definitiva, definiu-se que a então autora era realmente devedora, ainda que se reduzisse o montante de sua dívida em sede revisional.

Deste modo, tenho que quando da decisão que impedia a inscrição, antecipou-se a tutela definitiva de um direito que a parte, agora sem sombra de dúvidas, não possuía, pois era mesmo devedora, sendo perfeitamente legal sua inscrição. Assim, a manutenção da imposição da multa à CEF, por descumprir antecipação da tutela de direito que a devedora não tinha de fato, passou a configurar enriquecimento sem causa, devendo ser reconhecida sua atual inexigibilidade.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento da CEF.

CERTIDÃO

Certifico que este processo foi incluído na pauta do dia 25/06/2008, na seqüência 379, disponibilizado no DE de 19/06/2008, da qual foi intimado(a), por mandado arquivado nesta secretaria, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR MAIORIA, DECIDIU DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO DA CEF, VENCIDO O JUIZ FEDERAL MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA.

Regaldo Amaral Milbradt - Diretor de Secretaria.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Penhor de jóias. Roubo. Dano moral. Indenização indevida.

EMENTA OFICIAL

CIVIL. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. ROUBO DE JÓIAS EMPENHADAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. HONORÁRIOS. REDUÇÃO.

1. No âmbito do direito privado, o ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade civil subjetiva, disciplinada no art. 186 do CC de 2002.

2. Hipótese em que o roubo de jóias, empenhadas em contrato de mútuo celebrado com a CEF, não configura fato indenizável (a título de dano moral), em face da previsibilidade contratual do infortúnio e do risco assumido pela eventual perda de bens oferecidos em garantia, acerca dos quais se nutria valor sentimental.

3. Em face da singeleza e simplicidade da matéria trazida a juízo, faz-se justa e razoável a fixação dos honorários em quinhentos reais.

4. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, DECIDE a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial pro-

vimento à apelação, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de março de 2008 (data de julgamento).

Luiz Alberto Gurgel de Faria - Desembargador Federal Relator
AC 364.103-AL (2004.80.00.007217-4). DJU 02/04/2008.

RELATÓRIO

DESEMBARGADOR FEDERAL
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
(RELATOR):

Cuida-se de apelação de sentença da lavra do MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara - AL que, nos autos de ação ordinária, julgou improcedente pedido de indenização por danos morais, formulado em desfavor da Caixa Econômica Federal.

A apelante pugna, em síntese, pela responsabilidade da demandada pelo roubo de jóias de família, dadas em contrato de mútuo, bem como pela modificação do critério de fixação dos honorários, requerendo seja tomado por base o valor atribuído à causa (R\$ 260,00).

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
(RELATOR):

A matéria devolvida diz respeito à indenização por danos morais decorrentes do roubo de jóias empenhadas em contrato de mútuo.

No âmbito do direito privado, o ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade civil subjetiva, disciplinada no art. 186 do CC de 2002, então vigente, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O dano, por sua vez, pode ser patrimonial ou moral, este igualmente indenizável, nos termos do art. 5º, V, da Lei Ápice atual.

Segundo José de Aguiar Dias (*in Da responsabilidade civil*, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 730.), para caracterizar o dano moral, basta compreendê-lo em relação ao seu conteúdo, que "... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado."

Para Maria Helena Diniz (*in Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*, 7º vol., 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.), "o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas

aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente."

Na hipótese *sub examine*, não vislumbro a existência de dano moral oriundo da perda das jóias da autora, em face do caráter previsível do infortúnio, cuja ocorrência, inclusive, constava de cláusula contratual transcrita na peça inicial (fl. 08).

Ademais, conforme restou assestado pelo magistrado *a quo*, com a apresentação dos bens em garantia, a promovente assumiu o risco da eventual perda, quer pelo evento aqui verificado, quer no caso de falta de pagamento da dívida, fazendo tal álea contratual esmaecer o valor sentimental outorgado aos objetos empenhados. Eis as razões assestadas na sentença, *in verbis*:

Não se está dizendo com isso que os objetos roubados não eram importantes para a autora; apenas que, apesar da importância sentimental que eventualmente possuísem, a própria autora sopesou o seu valor, em cotejo com outros interesses que tinha, e decidiu pôlos no comércio. Ao assim fazer, voluntariamente deixou de tratá-los como objetos de sentimento e passou a tratá-los como objetos de comércio, inclusive atribuindo-lhes valor em pecúnia. (...).

Logo, uma vez que conscientemente fez inserir os bens em questão em transação de natureza comercial, e em razão das qualidades comerciais que estes possuíam, não pode agora pretender ser indenizada pela frustração ocasional

mente gerada pela perda de natureza sentimental. Quem nutre sentimento tão forte por bens materiais não os põe em negócio. Se os põe, assume as conseqüências de tratá-los como bens comerciais (fls.79/80).

Acerca da questão, transcrevo, ainda, o seguinte precedente, na parte que interessa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PENHOR. ROUBO DE BENS EMPENHADOS. INDENIZAÇÃO. SENTENÇA CONDICIONAL. DANO MORAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA: INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO: MODALIDADE. VERBA HONORÁRIA. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DA CEF PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. (..).

8. Em um primeiro momento, poderíamos entender cabível a condenação em indenização por dano moral, ao se considerar tão-somente o valor sentimental alegado pela autora. Contudo, no contexto dos autos, se verifica que a discussão gira em torno do valor da indenização prevista em contrato, em decorrência de sinistro. A relação obrigacional existente entre a CEF e os mutuários e proprietários dos bens empenhados sempre vem amparada por contrato de seguro, ante o risco evidente em guardar bens valiosos em local com alto potencial de risco. É o chamado 'risco presumido', do qual não se pode isentar qualquer uma das partes. A ré, ao celebrar esse tipo de contrato, correu o risco de não receber os

valores emprestados, e a autora, correu o risco de perder o bem dado em garantia, como o próprio nome diz.

9. Na hipótese, não se conclui pela ocorrência de dano moral, na medida em que a autora, ao firmar o contrato de penhor, e dar suas jóias em garantia, assumiu o risco de perdê-las, quer pela ocorrência de sinistros, quer pelo não pagamento da dívida. Ademais, o fato que ocasionou a perda dos referidos bens não decorreu de qualquer culpa direta da ré, mas sim derivou de ação realizada por terceiros, passível de ocorrer em qualquer outro local. Cabe esclarecer, no entanto, que tal não elide a CEF da obrigação de indenizar a autora pela perda das jóias, pelo valor real de mercado, pelos motivos já elencados. (TRF - 3ª, 5ª T., AC 1024042-SP, Rel. Des. Federal Ramza Tartuce, DJU 05/07/2005, p.272).

Assim, à míngua de prejuízo demonstrado, inexistente dano a reparar.

Com relação à redução da verba honorária (fixada em R\$ 780,00 - fl. 80), considerando o disposto no art. 20, §4º, do Código Processual Civil e a natureza da causa, verifico ser razoável a fixação da condenação em R\$ 500,00 (Quinhentos reais).

Com essas considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para fixar os honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00 (Quinhentos reais).

É como voto.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Sigilo bancário. Requisição pelo MPF. Negativa fundada em parecer jurídico. LC 105/2001.

EMENTA OFICIAL

Penal e processual penal. Recurso em sentido estrito. Denúncia rejeitada. Dados bancários. Indeferimento de requisição do Ministério Público Federal. Art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001. Negativa de fornecimento escorada em parecer do departamento jurídico da CEF. Manifesta ausência de dolo. Fato narrado que evidentemente não constitui crime. Manutenção da decisão vergastada.

O recebimento da denúncia reclama a análise em cotejo das regras previstas nos arts. 41 e 43, ambos do Código de Processo Penal. Ou seja, apenas pode ser recebida a exordial que, preenchendo os requisitos do art. 41, não esbarre em qualquer dos óbices engaiolados nos incisos do art. 43.

Verificando-se que o fato narrado evidentemente não constitui crime (CPP, art. 43, inciso I), uma vez que o dolo é elemento inexorável do tipo penal cuja incursão se persegue (art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001), a solução que se impõe é a rejeição da denúncia.

Recurso em sentido estrito desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife (PE), 24 de abril de 2008.

Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho - Relator.

RSE 1.049/PB(2007.82.00.001032-0). DJU 29/05/2008.

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho: Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em contrariedade à sentença da lavra da MM Juíza Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, a de rejeitar a denúncia ofertada no processo 2007.82.00.001032-0, movido contra Jorge Gurgel de Sá, superintendente da Caixa Econômica Federal na Paraíba, ora recorrido.

O *Parquet* ofereceu exordial acusatória imputando ao recorrido a prática do crime previsto no art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001, por haver, em tese, se recusado, por três vezes, a prestar as informações requisitadas

pela Procuradoria da República no Município de Sousa, Estado da Paraíba, no sentido de fornecer *dados de contas bancárias titularizadas pelo Município de Lastro/PB, objetivando a instrução de investigação relativa à utilização indevida, pela referida edilidade, de recursos provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação*, f. 11.

A decisão objurgada rejeitou a vestibular ao fundamento de não restar caracterizado dolo na conduta do denunciado, porquanto este se escudara em parecer da área jurídica da CEF, consignado à luz da Lei Complementar 105/2001, no viés de que inexistia esteio legal para a providência almejada, bem assim que o sigilo bancário constitui direito individual insculpido no art. 5º da Carta Magna, cuja mitigação somente pode ocorrer em virtude de ordem judicial.

Nas razões recursais, f. 19-24, o vindicante assevera a impossibilidade de rejeição da denúncia, visto ser defeso analisar a presença do dolo em sede de juízo de admissibilidade de ação penal, à míngua da inexorável instrução probatória.

O recorrido apresentou contrarrazões, f. 30-36.

O custos legis opinou pelo desprovimento do recurso, f. 39-58. É o Relatório.

VOTO

O Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho: Conforme é cediço, o recebimento da denúncia reclama a análise em co-

tejo das regras previstas nos arts. 41 e 43, ambos do Código de Processo Penal. Ou seja, apenas pode ser recebida a exordial que, preenchendo os requisitos do art. 41, não esbarre em qualquer dos óbices engaiolados nos incisos do art. 43.

Trata-se de um juízo preliminar em que não se exige a comprovação inconteste da autoria e materialidade da conduta criminosa, o que somente seria imprescindível para a condenação. Ao revés, cumpre apenas perquirir perfunctoriamente a presença de indícios firmes que possam evidenciar a presença dos pressupostos da ação, além do preenchimento dos requisitos de procedibilidade.

Empreendendo ao exame da inconformidade, entendo que a decisão vergastada não merece reforma, à medida que a proemial encontra empecilho no inciso I do já referido art. 43 do CPP, que tem a seguinte redação:

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I- o fato narrado evidentemente não constituir crime; (grifei)

II- já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III- for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Deveras, tanto a magistrada de primeiro grau quanto a e. Procuradora Regional da República subscritora do parecer, f. 39-58, afirmaram, em uníssono, restar assente que o recorrido não se determinou dolosamente no sentido de desobedecer, por três vezes, a requisição ministerial de fornecer dados bancários do Município de Lastro, Estado da Paraíba, com vista a instruir procedimento administrativo investigatório sobre esta urbe.

Pelo contrário. Mostra-se estreme de dúvidas que o indeferimento hostilizado se calcou em parecer exarado pelo departamento jurídico da CEF, que concluiu pela impossibilidade de cum-

primento da providência requisitada, por não encontrar supedâneo na Lei Complementar 105/2001, bem assim frente ao disposto no art. 5º da Constituição Federal, que somente pode ser afastado por força de determinação judicial.

Conseqüentemente, verificando-se que o fato narrado evidentemente não constitui crime (CPP, art. 43, inciso I), uma vez que o dolo é elemento inexorável do tipo penal cuja incursão se persegue (art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001), a solução que se impõe é a rejeição da denúncia.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

É como voto.

