REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária
de Pernambuco

REVISTA JURÍDICA
da Seção Judiciária
de Pernambuco

Número 6
2013

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
CAROLINA SOUZA MALTA – Diretora do Conselho Editorial
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS E SILVA NETO
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER
JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA
MATEUS DE FREITAS CAVALCANTI COSTA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

Revisão de Texto:
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO
MARCELO SCHMITZ
SUZAN NATALLY VITORINO DA SILVA

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica
LIGIA REGIS CAMINHA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 4 (2011) Recife, 2011

Anual

ISSN 1984 - 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Corregedor

Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**

Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**

Desembargadora Federal **Margarida de Oliveira Cantarelli**

Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Élio Wanderley de Siqueira Filho
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Francisco Glauber Pessoa Alves
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Vinicius Costa Vidor
Thalynni Maria Freitas De Lavor

José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner

Juízes Federais Substitutos:

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Oliveira
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marco Frattezi Gonçalves
João Pereira de Andrade Filho
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Diretora do Conselho Editorial 13

ARTIGOS

A PREVISÃO IMPLÍCITA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM DECORRÊNCIA DA NOVA BASE PRINCIPOLÓGICA DA ATUAL TEORIA CONTRATUAL

Ana Célia de Sousa Ribeiro 15

O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO OU REGRA DE PROCEDIMENTO: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E COMPARATIVO DE JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL

Artur Pessoa de Melo Morais 27

ACESSO À JUSTIÇA E REFORMA AGRÁRIA

Francisco Glauber Pessoa Alves 73

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TRIBUTÁRIA: FUNÇÃO POLÍTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL?

Luciana de A. Macieira Bandeira e Hélio Ourem Campos..... 89

DA (IN)APLICABILIDADE DA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI 6.830/80 AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

Ilza Souza de Moraes Neta 127

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PATROCINADAS PELAS LEIS NºS 12.435/2011 E 12.470/2011

Jean Soares Moreira 157

A TUTELA JURISDICIONAL JUSTA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Jerusa de Oliveira Dantas Passos 194

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

José Darlan Costa Pereira 237

**INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: A FEDERALIZAÇÃO DA
COMPETÊNCIA NA HIPÓTESE DE GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Lígia Cireno Teobaldo 257

**SOLTURA DE “BALÕES SEM FOGO”: A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS
MUNICIPAIS QUE AUTORIZAM ESSA PRÁTICA E A TIPCIDADE CRIMINAL DA
CONDUTA**

Marcelo Honorato 277

**INCLUSÃO SOCIAL E REAFIRMAÇÃO DA CIDADANIA: A EDUCAÇÃO ATRAVÉS
DA MÚSICA**

Maria Gabriela Guimarães Raposo 302

**A SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA COMO MEIO DE APROXIMAÇÃO
DO CIDADÃO À JUSTIÇA**

Mariana Belém 313

**IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA
SOCIAL À LUZ DO ART. 195, § 7º, DA CF/88**

Marta Jussara Vila Nova Alves de Lima 321

**A SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO PARA A BUSCA DA
IGUALDADE MATERIAL**

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim 345

**DA VERDADE REAL AO DIREITO MATERIAL: INTERESSE JURÍDICO SUBSTANTIVO
AXIOLOGICAMENTE PREVALECENTE NA IMPOSSIBILIDADE PROBATÓRIA
CONCRETA NÃO SUBJETIVAMENTE PROVOCADA**

Rafael Cavalcanti Lemos 358

**CONTEÚDO ESSENCIAL E PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DE
RESTRICÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO DE CASO**

Tiago Antunes de Aguiar 386

APRESENTAÇÃO

É com orgulho que a Revista da Seção Judiciária de Pernambuco chega à sua sexta edição. Seguimos com o objetivo de entregar à comunidade jurídica uma coletânea de artigos de excelente qualidade produzidos por juízes federais, servidores, professores e os mais diversos operadores do Direito.

Todos os artigos selecionados estão em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e possuem temas de acentuada aplicabilidade na prática, sobretudo para os que atuam na área do Direito federal. Por outro lado, os próprios autores, em sua maioria, abordam em seus trabalhos casos concretos, demonstrando a relevância e o grande interesse de seus temas.

A Revista da Seção Judiciária de Pernambuco se desenvolve na mesma proporção em que se concretiza a ampliação da Justiça Federal e o fomento do processo judicial eletrônico. Este projeto, iniciado em 2008, vem acompanhando as mudanças, com incremento nas formas de divulgação dos editais para recebimento de artigos e com ampliação do número de colaboradores, sendo motivo de orgulho a todos que o compõem.

Carolina Souza Malta
Juíza Federal Diretora do Conselho Editorial

**A PREVISÃO IMPLÍCITA DA TEORIA DO
ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO EM DECORRÊNCIA DA
NOVA BASE PRINCIPOLÓGICA DA ATUAL TEORIA
CONTRATUAL**

Ana Célia de Sousa Ribeiro

Graduada em Direito pela FDR/UFPE.

Pós-graduanda “lato sensu” em Direito Civil e Processo Civil pela ESA/PE.

Analista Ministerial – Área Jurídica – do MPPE. E-mail: anaceliasribeiro@hotmail.com.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca a ausência de previsão explícita no Código Civil. Apresenta a boa-fé como princípio base da teoria do adimplemento substancial. Indica outros princípios contratuais da nova teoria contratual que conduzem ao reconhecimento do adimplemento substancial. Analisa aplicações práticas da teoria do adimplemento substancial. Conclui que a teoria do adimplemento substancial está prevista de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ausência de previsão legal no Código Civil. 3. A boa-fé como princípio base da teoria do adimplemento substancial. 4. Outros princípios contratuais que conduzem ao reconhecimento do adimplemento substancial. 5. Aplicações práticas da teoria do adimplemento substancial. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A teoria do adimplemento substancial surgiu no Direito Inglês, no século XVIII. Foi estabelecida pelo Lord Mansfield, em 1779, no caso Boone v. Eyre. Indica que não se deve permitir a resolução do contrato adimplido substancialmente, mas sim apenas atribuir direito de indenização ao credor, a fim de garantir a permanência do negócio jurídico.

O adimplemento substancial significa o cumprimento de uma obrigação em nível considerável¹. A teoria do adimplemento substancial (*substancial perfomance*), matéria relativa ao cumprimento da obrigação, afasta a possibilidade de resolução do contrato pelo credor, garantindo-se a exigência do cumprimento coativo ou mesmo indenização².

2. A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO CÓDIGO CIVIL

O art. 475 do Código Civil prevê, como regra geral, que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Assim, no caso de inadimplemento do devedor, surge para o credor o direito de requerer a resolução do contrato.

O referido dispositivo não faz qualquer referência em relação ao inadimplemento de parte insignificante da obrigação. Felizmente, apesar da ausência de previsão legal, a doutrina e a jurisprudência, objetivando a preservação do vínculo contratual, reconhecem o adimplemento substancial.

Com efeito, os pressupostos para a resolução dos contratos são: a) contrato bilateral, pois a resolução é o modo de extinção de tais negócios; b) o inadimplemento absoluto da obrigação; c) a não inadimplência do credor, porque a resolução existe para proteger a parte não inadimplente. Em relação ao inadimplemento absoluto da obrigação, “a gravidade do descumprimento, a frustração ou a insatisfação do credor deverão

¹ REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé objetiva. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 290, p. 62-63, fev.2009, p. 62.

² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar.** In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 299.

ser cautelosamente avaliadas pelo juiz, auxiliando-se especialmente do princípio da boa-fé objetiva, porquanto a lei é omissa”, já que não se refere ao descumprimento de escassa importância como explícita o Código italiano³ ou ao descumprimento das obrigações acessórias e deveres de conduta⁴.

3. A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO BASE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

O novo Código Civil possui três grandes paradigmas, quais sejam, a eticidade, a socialidade e a operabilidade. “A boa-fé é a maior demonstração de eticidade da obra conduzida por Miguel Reale”⁵. A boa-fé no novo Código Civil atua em três áreas de operatividade: exerce função interpretativa na teoria dos negócios jurídicos (art. 113 do CC/02⁶); assume caráter de controle (limitação), qualificando o abuso do direito como ato ilícito (art. 187 do CC/02⁷); e desempenha atribuição integrativa, já que dela decorrem deveres que serão catalogados pela jurisprudência (art. 422 do CC/02⁸)⁹.

No mesmo sentido, Clarissa Costa de Lima aponta que a boa-fé objetiva na nova teoria contratual exerce três funções: a) função criadora, porque cria os denominados deveres anexos; b) função interpretadora, pois a obrigação é considerada um processo que tende a uma utilidade econômico-social do

³ “Art. 1.455. Importanza dell’inadempimento-Il contratio non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra”.

⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual**. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 506-513.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. **Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico**. In: DIDIER JR., Fredie, e EHRHARDT JR., Marcos (coord). Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136.

⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. **Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico**. In: DIDIER JR., Fredie, e EHRHARDT JR., Marcos (coord). Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136-137.

contrato; c) função limitadora, já que reduz a liberdade dos contratantes ao definir cláusulas como abusivas¹⁰.

O princípio da boa-fé objetiva limita o exercício de situações jurídicas ativas, por isso possui como uma de suas consequências a vedação ao abuso do direito. A teoria do adimplemento substancial é uma aplicação da vedação ao abuso do direito¹¹.

Teresa Negreiros explica que é “no exercício da sua função de limitar o exercício de direitos subjetivos em nome da preservação do sinalagma que a boa-fé serve como fundamento para chamada teoria do adimplemento substancial”, pois veda ao credor o exercício do direito de rescisão quando verificada a substancialidade do adimplemento, a qual garante a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas¹².

A boa-fé, no âmbito do direito de resolução, é norma que inadmite o exercício de direitos que a contrariem, daí a pioneira aplicação da teoria do adimplemento substancial pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³.

Observa-se, pois, que a teoria do adimplemento substancial está relacionada à teoria da boa-fé objetiva, a qual é a base da nova teoria geral dos contratos¹⁴. Saliente-se que essa nova teoria geral dos contratos apresenta uma aproximação principiológica entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, conforme teor do Enunciado 167 da III Jornada de Direito Civil¹⁵, dos arts. 113, 187 e 422 do CC/02 e do art. 4º, III,

¹⁰ LIMA, Clarissa Costa de. **Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual**. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 516.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. **Revista da Esmape**. Recife, v. 14, n. 29, p. 179-184, jan./jun. 2009, p. 179.

¹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144-145.

¹³ LIMA, Clarissa Costa de. **Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual**. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 517.

¹⁴ REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé objetiva. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 290, p. 62-63, fev.2009, p. 62.

¹⁵ Enunciado 167 da III Jornada de Direito Civil - Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

do CDC¹⁶. Ademais, registre-se que a boa-fé deve ser observada até mesmo após a execução do contrato, conforme Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil¹⁷.

Na lição de Clóvis do Couto e Silva, o desenvolvimento da relação obrigacional está condicionado por três princípios gerais, quais sejam, o da boa-fé, o da autonomia da vontade e o da separação entre as fases, ou planos, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e do adimplemento. Tais princípios “comandam o nascimento de deveres e direitos (fontes) e o desenvolvimento das obrigações”. Partindo dessa premissa, verifica-se que “o ‘processo’ da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo”¹⁸.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.200.105-AM (2010/0111335-0), o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no seu voto, assim se pronunciou sobre a relação entre a boa-fé e a teoria do adimplemento substancial:

Uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle é a teoria do adimplemento substancial, que pode ser aplicada quando o adimplemento da obrigação pelo devedor é tão próximo do resultado final, que a resolução do contrato mostrar-se-ia uma demasia.

Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a

¹⁶ Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹⁷ Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil - Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

¹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 23-24 e 64-65.

cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC).

Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade.

Assim, a boa-fé, princípio base da nova teoria geral dos contratos, limita o exercício do direito do credor de requerer a resolução do contrato, relativizando a previsão do art. 475 do Código Civil.

4. OUTROS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

No contexto atual, a relação jurídica obrigacional não estabelece uma relação de subordinação entre sujeitos, mas sim uma “relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção”, de modo que é imposto ao credor o dever de cooperação, o qual deriva de outros princípios, como o da boa-fé objetiva¹⁹.

Tartuce apresenta a teoria do adimplemento substancial (teoria do quase cumprimento total do contrato) como um exemplo de aplicação prática do princípio da conservação do contrato, o qual está relacionado ao princípio da boa-fé objetiva²⁰. Seguindo esse entendimento, Jones Figueirêdo Alves afirma que:

A teoria do adimplemento substancial atende, com precisão, ao interesse na conservação dos contratos, de

¹⁹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001, p. 198-199.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 134-135.

modo a impedir a resolução do negócio. Norma legal explícita deve ser incluída em parágrafo único ao art. 475 do Novo Código Civil, a positivar o adimplemento substancial como fenômeno jurídico suficiente para a não-resolução do contrato²¹.

Rodrigo Toscano de Brito também explica que a teoria do adimplemento substancial “refere-se diretamente ao princípio da conservação do contrato”. Acrescenta o referido autor que o adimplemento substancial “está influenciado pelo princípio da equivalência material”. Isso porque, na visão mais moderna do direito contratual, essa dupla satisfação principiológica, “por um lado, conserva o pacto, evitando que haja devolução das quantias já pagas e movimento patrimonial desnecessário e dispendioso; por outro, mantém o equilíbrio contratual, de modo a não deixar de satisfazer a ambas as partes”²².

A teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor e, embora não seja expressamente prevista no CC, “tem sido aplicada em muitos casos, inclusive pelo STJ, tendo como base, além do princípio da boa-fé, a função social dos contratos, a vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa”²³.

Diante da correlação da teoria em análise com os princípios acima mencionados, o próprio adimplemento substancial passa a ser observado como um princípio contratual. Assim, afirma-se que o “adimplemento substancial insere-se dentre os princípios gerais dos contratos, como princípio inerente ao sistema normativo-contratual aberto, oferecido pelo Novo Código Civil”, de modo a fazer prevalecer a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, estabelecidos pelos arts. 421 e 422 do diploma codificado”²⁴.

²¹ ALVES, Jones Figueirêdo. O adimplemento substancial. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 240, p./ 34-35, jan./2007, p. 35.

²² BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

²³ Disponível em <RE: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106897>. Acesso em 02/04/13.

²⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. O adimplemento substancial. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 240, p./ 34-35, jan./2007, p. 35.

5. APLICAÇÕES PRÁTICAS DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial é aplicada normalmente no direito contratual, com a finalidade de evitar a resolução do contrato quando apenas parcela mínima da obrigação é descumprida. Atualmente, por exemplo, os tribunais costumam aplicá-la em contratos de compra e venda²⁵, de alienação fiduciária em garantia²⁶, de arrendamento mercantil²⁷.

Em relação ao contrato de seguro, a previsão do art. 763 do CC²⁸ estabelece uma consequência que “poderá constituir uma sanção injusta ao segurado e ensejar abusos por parte das seguradoras”, pois, não obstante a suspensão da garantia, continua sendo devido o prêmio pelo segurado. Assim, “em atenção ao princípio da boa-fé, estaria a seguradora obrigada

²⁵ EMENTA: DIREITO CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SISTEMA DE COOPERATIVA. AÇÃO COMINATÓRIA PARA OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA. RECONVENÇÃO. INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE. RESCISÃO DO CONTRATO. AFASTADA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL VERIFICADO. APLICAÇÃO DA EQUIDADE COM A FINALIDADE DE CONSERVAÇÃO NEGOCIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA AÇÃO COMINATÓRIA. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70044018430, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 13/03/2013).

²⁶ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. TEMA CENTRAL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO PARCIAL. PROCEDÊNCIA NA MESMA EXTENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. I. (...) III. Se as instâncias ordinárias reconhecerem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo. IV. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 912.697/RO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010).

²⁷ EMENTA: RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. I. (...) IX. Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. X. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ. XI. Recurso especial desprovido. (REsp nº 1.200.105 - AM 2010/0111335-0; Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Julgado em 19/06/2012).

²⁸ Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

a notificar o segurado, dando-lhe mais uma oportunidade de efetuar o pagamento do prêmio devido, bem como advertindo-o expressamente das consequências da falta do pagamento (suspensão da garantia)”. Enquanto a seguradora não cumprir esse dever, “terá a mesma que prestar a garantia, indenizando o segurado, com o desconto do montante devido pelos prêmios em atraso”²⁹. Essa problemática do art. 763 do CC pode ser solucionada mediante a aplicação da teoria do adimplemento substancial³⁰.

Há doutrinadores que defendem a aplicação dessa teoria no Direito de Família, principalmente na execução de alimentos, para impedir a imposição da prisão civil ao executado que quitou parcela substancial da dívida alimentícia³¹. Existe, inclusive, posicionamento jurisprudencial nesse sentido³².

²⁹ ABREU, Virginia Duarte Deda de. O inadimplemento no pagamento do prêmio no contrato de seguro em face de novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 824, p. 24-33, jun./2004, p. 24-29.

³⁰ EMENTA: CONTRATO DE SEGURO - PAGAMENTO DO PRÊMIO EM PRESTAÇÕES - OCORRÊNCIA DO SINISTRO QUANDO O SEGURADO ENCONTRAVA-SE EM MORA NO PAGAMENTO DO PRÊMIO - RESOLUÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO - INADMISSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.450, DO CC E ART. 4º, §2º DO DEC. 61.589/67 - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- Havendo previsão legal de que o segurado pagará juros de mora na hipótese de atraso no pagamento do prêmio, não se pode falar em cancelamento automático da apólice, sendo que, a cláusula de cancelamento do contrato, a que aderiu a autora, não tem validade, pois posiciona o beneficiário em situação nitidamente inferior à seguradora, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor.

- Pela teoria do adimplemento substancial do contrato, não seria razoável desconsiderar, o valor já pago pelo segurado equivalente a 83% do valor total do prêmio, liberando a seguradora da responsabilidade contratualmente assumida, sem a resolução do contrato.

- Para que não ocorra enriquecimento indevido de qualquer das partes, a indenização a ser paga pela seguradora deve corresponder à importância prevista na apólice, procedendo-se ao desconto das parcelas não pagas do prêmio, devidamente corrigidas.

- Nos casos em que houve a recuperação do veículo e seu correspondente conserto, por certo, o valor a ser indenizado pela seguradora deverá ser o do valor efetivamente despendido para tal ato, pouco importando caso a seguradora tenha dado declaração em que constatada a perda total do veículo. Prova disto, ademais, é a disparidade entre o valor efetivamente pago pelo conserto do caminhão e o preço do mesmo caminhão em bom estado de conservação, diferença esta que não chega, sequer, a 50% deste valor.

- Para que reste indubitavelmente comprovada a indenização por lucros cessantes não basta apenas a comprovação da existência de danos e a realização da conduta por parte da seguradora, necessária, também, a demonstração do nexa causal entre elas. (TJSC, Apelação Cível n. 1998.009858-0, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 17-09-2001)

³¹ BARBOSA, Andeirson da Matta. A teoria do adimplemento substancial e a prisão civil do devedor de alimentos. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, n. 20, p. 35-36, abr./jun. 2010, p. 36.

³² EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.

Didier Jr. explica que, considerando que o princípio da boa-fé e a vedação ao abuso do direito se aplicam no Direito Processual, a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada no âmbito processual. Indica o caso do art. 511, § 2º, do CPC³³, que, em razão da boa-fé, limita o poder de invalidar o preparo insuficiente, ao estabelecer que a sanção de inadmissibilidade (deserção por insuficiência de preparo) somente pode ser aplicada após a intimação do recorrente para proceder à complementação. Aponta, ainda, situações atípicas em que se aplica essa teoria, como no caso da recusa do órgão jurisdicional num procedimento executivo de tomar medidas mais drásticas (busca e apreensão, por exemplo³⁴) quando constatado o inadimplemento mínimo, bem como no caso de impedir a decretação de falência em razão de pequena monta da dívida³⁵.

ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. Descabida a execução sob pena de prisão quando a parte exequente quer cobrar valores de duvidosa exigibilidade, como os resultantes da incidência do percentual alimentar sobre vale-refeição e vale-transporte. Ademais, acaso devidos os valores cobrados, não se vislumbra inadimplemento voluntário por parte do alimentante, uma vez que o pensionamento está sendo descontado diretamente em folha-de-pagamento. Logo, se valor a menor foi pago, a responsabilidade por isso é do empregador do alimentante, que efetuou o cálculo do percentual e implementou o desconto. De resto, a circunstância de ter havido inadimplemento substancial, no caso, serve para afastar a possibilidade de execução sob pena de prisão. CONCEDERAM A ORDEM. (Habeas Corpus Nº 70030498760, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 16/07/2009).

³³ Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)

(...)

§ 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

³⁴ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. 1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do inadimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut súmula 07/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004, p. 346).

³⁵ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. **Revista da Esmape**. Recife, v. 14, n. 29, p. 179 - 184, jan./jun. 2009, p. 181-183.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do adimplemento substancial está prevista implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro. Mitiga o disposto no art. 475 do Código Civil, pois o credor não pode requerer a resolução do contrato no caso de adimplemento quase total da obrigação.

Essa conclusão pode ser extraída diante da nova base principiológica da atual teoria contratual. Isso porque o princípio da boa-fé, na sua função de limitar a liberdade dos contratantes (art. 187 do CC/02), não permite o abuso do direito de requerer a resolução contratual quando do adimplemento substancial.

Outros princípios contratuais também conduzem ao reconhecimento da referida teoria, principalmente os princípios da cooperação, da conservação do contrato, da equivalência material, da função social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e do enriquecimento sem causa. O próprio adimplemento substancial passa a ser tido como um princípio contratual.

Ademais, a previsão da teoria do adimplemento substancial é confirmada diante de sua aplicação prática pela jurisprudência, inclusive em outras áreas além da contratual, como no Direito de Família e no Direito Processual.

7. REFERÊNCIAS

ABREU, Virginia Duarte Deda de. O inadimplemento no pagamento do prêmio no contrato de seguro em face de novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 824, p. 24-33, jun./2004.

ALVES, Jones Figueirêdo. O adimplemento substancial. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 240, p./ 34-35, jan./2007.

BARBOSA, Andeirson da Matta. A teoria do adimplemento substancial e a prisão civil do devedor de alimentos. **MPMG Jurídico**. Belo Horizonte, n. 20, p. 35-36, abr./jun. 2010.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. **Revista da Esmape**. Recife, v. 14, n. 29, p. 179-184, jan./jun. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. **Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico.** In: DIDIER JR., Fredie, e EHRHARDT JR., Marcos (coord). Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar.** In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações.** São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Clarissa Costa de. **Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual.** In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca sua formulação na perspectiva civil-constitucional).** Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé objetiva. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 290, p. 62-63, fev.2009.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.** São Paulo: Método, 2007.

**O ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO
OU REGRA DE PROCEDIMENTO: DIVERGÊNCIAS
DOCTRINÁRIAS E COMPARATIVO DE
JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL**

Artur Pessoa de Melo Moraes

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife
– UFPE.
Advogado.

RESUMO: O sistema jurídico brasileiro, em matéria probatória, para além da distribuição estática do ônus da prova, prevista no artigo 333, do CPC, adota três outros sistemas: o da inversão *ope legis* (ou da redistribuição do ônus probatório), o da inversão *ope judicis* e a teoria da carga probatória dinâmica. Nesse contexto, entretanto, remanescem sérias divergências no que toca ao momento propício para a redistribuição do *onus probandi*, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencialmente. O presente trabalho teve por fim analisar e expor o modo pelo qual vêm decidindo, quanto ao tema, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Jurídica; Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa; Ônus da Prova; Teoria Estática do Ônus da Prova; Teoria da Carga Probatória Dinâmica; Inversão *Ope Legis* do Ônus da Prova; Inversão *Ope Judicis* do Ônus da Prova; Regra de Julgamento; Regra de Procedimento; Comparativo Jurisprudencial.

SUMÁRIO: 1. Segurança Jurídica, *Due Process of Law*, Contraditório e Ampla Defesa. 2. O Direito Constitucional à Prova. 3. Valoração das Provas e *Onus Probandi*. 3.1. Distribuição Estática do Ônus da Prova. 3.2. Inversão *Ope Legis* do Ônus da Prova. 3.3. Inversão *Ope Judicis* do Ônus Probatório. 3.4. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 4. Ônus da Prova e Momento Processual. 4.1. Ônus da Prova como Regra

de Julgamento. 4.2. Ônus da Prova como Regra de Procedimento. 5. Comparativo Jurisprudencial. 5.1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 5.2. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 5.3. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5.4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5.5. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 5.6. Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. SEGURANÇA JURÍDICA, DUE PROCESS OF LAW, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

É cediço que, pretendendo instituir verdadeiro Estado Democrático e de Direito, a Assembleia Nacional Constituinte, quando da elaboração e promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, consagrou, ainda no âmbito preambular, dentre outros, os princípios da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”¹.

Voltando os olhos, mais especificamente, ao valor segurança jurídica, tem-se que, embora frequentemente apareça associado aos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, relacionados à aplicação do direito intertemporal, a eles não se limita, alcançando, pois, um espectro de influência muito mais amplo. Em verdade, conforme aduz o Ministro Gilmar Mendes, “como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”².

E tal não poderia ser diferente, haja vista que, juntamente com o valor justiça e com o da dignidade da pessoa humana, a segurança constitui uma das bases do Estado de Direito. Como bem lembra Luiz Regis Prado,

o sistema jurídico é uma forma de disciplinar a vida no seio do grupo social – ou a utilização de meios racionais para captar e traduzir a unidade e a ordenação da experiência social –, em um país e em um determina-

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 381.

do momento histórico, afirmando-se a positividade do Direito como fator básico da segurança jurídica e do Estado de Direito³.

A seu lado, e com o mesmo *status* de princípio constitucional geral, figura, no ordenamento brasileiro, o devido processo legal (originado do brocardo “*due process of law*”), previsto no inciso LIV, do art. 5º, da Carta Republicana, que funciona como critério de aferição da validade dos atos oriundos do Poder Público. Através dele, é garantido que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, donde exsurge o “direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto”⁴, além do que se impõe que toda “medida restritiva de direitos fundamentais deve revelar-se adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*”⁵. Assim, segundo explicita Guilherme Peña de Moraes, “o devido processo legal, em vez de meramente proteger o modo do procedimento, foi feito para alcançar o conteúdo substantivo da legislação”⁶, pelo chamado *substantive due process*.

Destarte, calcado no sempre relevante escólio do Ministro Celso de Mello, é possível se afirmar que:

[...] o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa (inclusive das pessoas estatais), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem [...] consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art.

³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 39.

⁵ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

⁶ Idem.

5º, LIV e LV) [...] ⁷.

Como corolários da segurança jurídica e do devido processo legal, ainda se apontam outros dois importantes princípios que regem o sistema jurídico pátrio: o do contraditório e o da ampla defesa, positivados no inciso LV, do art. 5º constitucional.

Tais postulados, na lição do Ministro Gilmar Mendes, afiguram-se como direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo, tendo “relevo não apenas no processo judicial civil e penal, mas também no âmbito dos procedimentos administrativos em geral. E para não incorrer em omissão, reconhece-se, às vezes, o significado desse princípio até mesmo nas relações privadas” ⁸.

Em poucas linhas, tem-se que o contraditório está ligado à possibilidade de resistência da parte, em juízo, à pretensão formulada pelo adversário. Conforme explana Fredie Didier Jr., a “democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório”, que, desta maneira, “deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder” ⁹.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, traduz o direito fundamental consistente em um conjunto de meios adequados ao exercício do contraditório, tratando-se, desta forma, do aspecto substancial deste.

Tais garantias constitucionais, conforme expõem o Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, desenvolvem-se em três outros direitos:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida liminar. **AC n. 2.893-MC/PI**. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>> Acesso em: 24/4/2013.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 383.

⁹ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 45.

por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas¹⁰.

Sintetizando, portanto, é lícito afirmar que o contraditório e a ampla defesa, como garantias fundamentais insculpidas no ordenamento jurídico brasileiro, garantem, aos cidadãos, seja qual for o polo que ocupem na relação processual, o direito à participação nos processos judiciais – sejam cíveis ou criminais –, e nos administrativos, através do que serão expostos e suscitados argumentos, teses e fatos que, alfim, deverão exercer influência sobre a sentença judicial que porá fim ao litígio. Extrai-se logicamente, daí, a pertinência de sua discussão em matéria probatória.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA

De acordo com o que expõe Fredie Didier Jr., “é possível definir o processo jurisdicional como o ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional”¹¹. Tal fenômeno jurídico, contudo, não se deve dar dissociadamente da realidade, de modo que, para se prolatar uma decisão judicial justa e adequada, é imprescindível a averiguação da ocorrência dos fatos alegados através da atividade probatória, excetuados os casos expressamente ressalvados pelo próprio sistema.

Nesse diapasão, a “prova significa, a um só tempo, os instrumentos de que se vale o magistrado para formar seu convencimento, a partir dos fatos que passa a conhecer [...], bem assim como o próprio juízo valorativo que se forma a partir dos fatos que são expostos e afirmados”¹². Deste modo, poder-se-ia afirmar que prova é tanto o meio retórico, admitido por lei,

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 436-437.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 75.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 772.

quanto a própria convicção dele decorrente, ou seja, é o somatório dos fatos que produzem um estado espiritual de certeza.

Embora seja pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, a existência e a necessidade de respeito ao direito constitucional de defesa – com espeque, inclusive, nos já mencionados princípios do contraditório e da ampla defesa –, discute-se, atualmente, porém, ainda não com tanta mansuetude, a consagração constitucional do direito à produção de provas. Parcela significativa da doutrina, contudo, vem o admitindo – donde se podem citar Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Jr., Eduardo Cambi, Ricardo Raboneze, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, dentre outros. É que, conforme explicitam estes últimos,

a partir da cláusula do devido processo legal decorre a afirmação de um direito de acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada (permeado pelo direito à ampla defesa e contraditório), conduzindo, com mão segura, à conclusão de que há um direito subjetivo de influir no espírito do julgador, convencendo-o dos argumentos apresentados, o que explicita um direito constitucional à prova¹³.

A partir do reconhecimento de tal direito, e, ainda, com supedâneo nos direitos constitucionais à segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, tem-se, por consequência, que qualquer diploma normativo legal, ato administrativo ou decisão judicial que indevidamente impeça, obstaculize ou dificulte a produção probatória estará em desconformidade com a ordem constitucional, haja vista o assento, daquele, na Carta Cidadã de 1988. Tal, contudo, não implica dizer que a produção probatória dar-se-á ilimitada e desregradadamente. Ao contrário, deverá o direito constitucional à prova

[...] ser exercido em harmonia com as demais garantias e princípios constitucionais, submetendo-se, na hipótese de colidência, à necessária ponderação dos interesses, de modo a buscar, no caso concreto, aquele que respeita com mais amplitude a dignidade da pessoa humana – que se constitui pedra de toque, fundamento

¹³ Ibidem, p. 776.

de todo o sistema jurídico brasileiro¹⁴.

3. VALORAÇÃO DAS PROVAS E *ONUS PROBANDI*

A partir do disposto no artigo 131, do Código de Processo Civil – segundo o qual o Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento –, pode-se afirmar que, no Brasil, vige, como regra geral, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, por meio do qual é dada ao Magistrado a livre apreciação da prova – ou seja, sem a chamada tarifação legal de provas –, que, contudo,

está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência¹⁵.

Tem-se, portanto, que, no sistema brasileiro, o Juiz deve retirar sua convicção do acervo probatório constante dos autos, exercendo, sobre ele, um juízo de ponderação acerca da qualidade e da força probante de cada elemento, balizado, contudo, por determinados parâmetros predispostos pelo legislador, que “servem como técnicas desenvolvidas para combater/evitar arbitrariedades judiciais – decisões lastreadas em nenhuma ou qualquer prova”¹⁶.

Dentre tais critérios, no âmbito do direito privado, é possível mencionar, a título de exemplo, a pormenorização legal dispendida à questão das provas tanto nos artigos 212 a 232, do Código Civil de 2002, quanto nos artigos 332 a 443, do CPC.

¹⁴ Ibidem, p. 777.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 42.

¹⁶ Idem.

Além do mais, também auxiliarão o Magistrado, em sua apreciação probatória, as regras que versam sobre o ônus da prova.

Impende, contudo, de logo, ressaltar que, de modo geral,

o ônus jurídico pode ser conceituado como a necessidade de adoção de uma conduta, não pela imposição da norma, mas para a defesa de um interesse jurídico. Não se trata de um dever ou de uma obrigação, pois o seu inadimplemento não gera sanção e o seu cumprimento não satisfaz um direito subjetivo alheio, simplesmente proporciona uma vantagem ou evita uma desvantagem para o seu próprio titular. A parte terá a discricionariedade de decidir como melhor lhe aprouver¹⁷.

Em sede processual, mais especificamente, há para os litigantes o chamado *onus probandi*, que pode ser conceituado sob dois aspectos: de um lado, subjetivamente, constitui uma regra de conduta dirigida às partes, relacionada aos fatos que a cada uma caberá provar ou demonstrar perante o Estado-juiz. D'outra banda, objetivamente, o ônus é a regra de julgamento que deve ser aplicada pelo Magistrado quando se revelarem insuficientes as provas produzidas – até mesmo porque, no sistema brasileiro, é vedado o *non liquet*, não sendo, pois, dado ao Juiz alegar insuficiência de provas para se desincumbir do dever legal de julgar.

As regras sobre o ônus da prova, portanto, revelam-se de elevada importância, pois, se, por um lado, vão influenciar o comportamento processual das partes na fase de instrução da causa, por outro, auxiliarão o julgador quando, na hora de proferir a sentença, deparar-se com uma deficiência probatória. Nesse aspecto, portanto, regra geral, o ônus da prova tem feição de regra de julgamento, uma vez que, além de estabelecer quem assumirá o risco da não demonstração do fato – e não simplesmente determinar a produção da prova –, só deverá ser aplicado “subsidiariamente, nos casos em que não foram produzidas provas suficientes para o esclarecimento das alegações de fato”¹⁸. Isso porque, pelo princípio da aquisição da prova, uma vez produzida, pouco importará, no momento de

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 117

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 75.

prolação da sentença, de qual parte adveio, mas, sim, o fato que foi por ela demonstrado.

No sistema processual brasileiro, o ônus da prova poderá ser encarado em quatro principais situações: na distribuição estática do ônus da prova, nas hipóteses de inversão legal, nos casos de inversão judicial e, ainda, na teoria da distribuição dinâmica do *onus probandi*.

3.1. DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil brasileiro adotou, como regra, a teoria clássica ou estática do ônus da prova, distribuindo-o prévia e abstratamente.

Desta feita, conforme disposto em seu artigo 333, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, sendo nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte seu exercício.

Está relacionada, portanto, nitidamente, tal regra, à ideia de que “a parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento”¹⁹.

A partir de tal entendimento é que o CPC distribui, aprioristicamente, o *onus probandi*, sem, contudo, levar em conta as peculiaridades dos casos concretos.

3.2. INVERSÃO OPE LEGIS DO ÔNUS DA PROVA

Em que pese a regra geral da distribuição estática *supra*, o próprio legislador, em determinados casos, e também de maneira apriorística, isto é, sem levar em consideração as peculiaridades do caso que se põe em juízo, modifica as normas atinentes à distribuição do encargo probatório.

Entretanto, conforme bem alerta Fredie Didier Jr., “visível é que não

¹⁹ Idem.

há aí qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC²⁰. Por isto, fala-se, nesses casos, em regras de redistribuição do ônus probatório.

A título de exemplo de inversão *ope legis*, é possível citar o artigo 38, do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, em sede consumerista, caberá a quem as patrocina – ou seja, ao fornecedor.

3.3. INVERSÃO *OPE JUDICIS* DO ÔNUS PROBATÓRIO

Ocorre a inversão *ope judicis*, por sua vez, quando o legislador, não taxativamente excepciona a regra geral do ônus da prova, como se dá na inversão *ope legis*, mas “abre a oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta”²¹.

Bastante citado exemplo de inversão judicial do *onus probandi* é a hipótese do inciso VIII, do artigo 6º, do CDC, segundo o qual:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Tem-se, pois, que, através deste dispositivo, o sistema protetivo de defesa do consumidor permite ao Juiz, diante do caso concreto, a inversão do *onus probandi*, desde que hipossuficiente seja o consumidor ou verossímil sejam suas alegações.

De acordo com André Gustavo C. de Andrade, a hipossuficiência do consumidor é condição aferível,

²⁰ Ibidem, p. 78.

²¹ Ibidem, p.79.

[...] apenas dentro de uma relação de consumo concreta, na qual estivesse configurada situação de flagrante desequilíbrio, em detrimento do consumidor, de quem não seria razoável exigir, por extremamente dificultosa, a comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito²².

Por outro lado, caracteriza-se a verossimilhança das alegações quando o aduzido pelo consumidor perante o Magistrado assemelhar-se à verdade, isto é, quando tiver a aparência de verdadeiro. Trata-se, portanto, “de importante regra, autorizando o juiz a determinar, inclusive *ex officio*, tal inversão, com fundamento na facilitação da defesa do consumidor em juízo”²³.

3.4. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

E, por fim, há ainda se falar na teoria da carga probatória dinâmica, que, cada vez mais, vem sendo discutida no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiro.

Em que pese remanescerem vozes em contrário sentido, a exemplo de Daniel Knijnik – segundo o qual o inciso II, do parágrafo único, do art. 333, do CPC²⁴, é “o único caso em que o legislador permite que o juiz interfira nas regras de distribuição do ônus probatório (neste caso, convencionais), para equilibrá-las à luz do caso concreto”²⁵ –, a citada teoria da distribuição dinâmica vem ganhando força – a partir dos princípios da igualdade, da

²² ANDRADE, André Gustavo C. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**: o momento em que se opera a inversão e outras questões. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136> Acesso em: 29 de abril de 2013.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 784.

²⁴ Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁵ KNIJINK, Daniel. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Tereza Arruda. Processo de Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 944.

lealdade, da boa-fé, da solidariedade com o órgão judicial e do acesso à justiça – em sede doutrinária e, até mesmo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁶.

Encontra supedâneo, tal teoria, no fato de que

nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar²⁷.

Desta feita, através da carga probatória dinâmica, a prova do fato incumbirá a quem melhores condições tiver de produzi-la, conforme se apresenta no caso *sub judice*. Ou seja, por esta alteração do *onus probandi*, que se dá *ope judicis*, casuisticamente, a requerimento do interessado ou mesmo pelo julgador, *motu proprio*, é determinada a uma das partes a produção da prova, mesmo que o ônus não seja seu, “consoante se mostre a atividade probatória mais fácil, mais acessível, mormente por se encontrar, aquele a quem se onera, no controle dos meios probatórios”²⁸.

Conforme bem salientam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condi-

²⁶ Cf. REsp nº. 1.084.371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe: 12/12/2011.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 90.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 783.

ções de provar. Assim, cumprirá o órgão jurisdicional com seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência desse corte visa a superar a *probatio diabólica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça²⁹.

Nesse diapasão, “o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas”³⁰.

4. ÔNUS DA PROVA E MOMENTO PROCESSUAL

Conforme já adrede exposto, regra geral, as normas atinentes ao ônus da prova caracterizam-se como regras de julgamento, devendo ser consideradas pelo Magistrado quando, mesmo diante da insuficiência de elementos probatórios, veja-se compelido a julgar a lide que lhe foi proposta.

Tal se justifica porque, pelo art. 333, do CPC, é possível notar que o ordenamento brasileiro, em regra, adota a teoria estática de distribuição do *onus probandi*, pelo que, de antemão, os litigantes já têm ciência de quais provas deverão produzir para não restar sucumbentes no processo judicial. Desta feita, o autor saberá que deverá demonstrar em juízo os fatos constitutivos de seu direito, enquanto o réu deverá se desincumbir da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do alegado direito do autor.

Esta linha de raciocínio também pode ser estendida às hipóteses de inversão *ope legis* do ônus probatório, haja vista que, por igual, as partes, previamente, já estão conscientes do que deverão provar no desencadear do processo. Por conseguinte, não haverá se alegar surpresa quanto à aplicação, na sentença, das regras relativas ao *onus probandi*, inclusive porque, pelo art. 3º, do Decreto-lei nº. 4.657/42 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

O panorama, contudo, não se revela pacífico no que toca às já explanadas inversão judicial do ônus da prova e teoria da carga probatória

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 336/337.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 91.

dinâmica, havendo, quanto a elas, grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive na sede dos Tribunais Regionais Federais e, mesmo, no Superior Tribunal de Justiça.

De antemão, impende anotar que

a grande polêmica que se forma diz respeito ao momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova. Basicamente, há 3 possibilidades ou correntes, cada qual sustentando o melhor momento processual para isso:

- 1) a inversão deve ser determinada no despacho liminar;
- 2) para outros, deve anteceder à instrução do feito, na fase de saneamento do processo;
- 3) deve ser realizada no momento de prolação da sentença³¹.

Dentre estas correntes, em geral, pode-se dizer que as que têm maior peso e adesão em sede doutrinária são a segunda e a terceira, pelo que se passa a analisar os argumentos que fundamentam cada uma delas.

4.1. ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

Para significativa parcela da doutrina, as normas relativas ao ônus da prova, mesmo nas hipóteses de inversão *ope judicis*, têm natureza de regra de julgamento, pelo que o momento próprio da inversão seria o da prolação da sentença, não sendo possível acontecer antes desta fase processual. Ou seja, conforme leciona João Batista Lopes, “é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente”³².

Isto porque – com Chaves e Rosenvald –, além do fato de a inversão

³¹ GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Momento processual de inversão do onus da prova na tutela do consumidor. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano III, n. 14, pp. 40-43, out./nov./dez. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/590/3.3.1%20Momento%20processual%20de%20invers%C3%A3o%20do%20%C3%B4nus.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 de abril de 2013.

³² LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 51.

do ônus da prova não reclamar anterior comunicação do julgador ao réu, sendo possível acontecer, inclusive, em segundo grau de jurisdição, dada a índole da norma protetiva do consumidor, “é facultada às partes a produção ampla de provas na fase instrutória do procedimento, somente surgindo a inversão quando o juiz não conseguir formar juízo de valor com as provas produzidas”³³. Desta feita, pela tão-só possibilidade de, na decisão do litígio, ser invertido o encargo probatório, o fornecedor já deveria, durante o trâmite processual, desincumbir-se da prova que, posteriormente, poderá lhe ser atribuída.

Além disso, para os referidos autores, se o réu, dispondo de elementos probatórios aptos e suficientes para o esclarecimento dos fatos, intencionalmente deixa de apresentá-los, está violando o princípio da cooperação processual, pelo que deverá arcar com as consequências daí advindas.

Nesta linha de raciocínio, posicionam-se: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, João Batista Lopes, Nelson Nery Jr., Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, dentre outros.

4.2. ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE PROCEDIMENTO

D’outra banda, há aqueles que advogam em contrário sentido. Segundo explana Fredie Didier Jr., “a regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota”³⁴, não se tratando, pois, de regra de julgamento, como a que distribui estaticamente o ônus da prova.

Via de consequência, revela-se imprescindível que o Magistrado comunique, antes de proferir a sentença, às partes, a inversão, seja *ope judicis*, seja aquela decorrente da distribuição dinâmica, “em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento”³⁵, inclusive porque

se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 786.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 81.

³⁵ Idem.

peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia³⁶.

Portanto, e em atenção aos já mencionados princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além do direito constitucional à prova, não seria possível apenar aquele que não provou a veracidade ou inveracidade de dado fato sem que se lhe tenha sido conferida a oportunidade de fazê-lo, evitando-se, com isso, a surpresa. Desta forma, enquanto se prestigia a isonomia entre as partes e a adequação das normas processuais ao caso concreto *sub judice*, também se evita a vulneração da própria ideia de segurança jurídica.

Neste sentido, advogam: Fredie Didier Jr., Antônio Gidi, Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Cambi, Artur Carpes, Maristela da Silva Alves, Manoel de Souza Mendes Júnior, Rizzato Nunes, dentre outros.

5. COMPARATIVO JURISPRUDENCIAL

Expostas as divergências doutrinárias acerca do tema que ora se discute, passa-se a analisar a maneira pela qual vêm sendo aplicadas, jurisprudencialmente, as regras atinentes ao ônus da prova, no âmbito da Justiça Federal brasileira.

5.1. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que exerce a jurisdição federal nos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, além do Distrito Federal, já se posicionou sobre a inversão do *onus probandi* no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. CEF. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO

³⁶ GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 13, p. 38, jan./mar. 1995.

CONSUMIDOR. CONTA POUPANÇA. SAQUE INDEVIDO. FALHA DO SERVIÇO CARACTERIZADA. DANOS MATERIAIS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. 1. **A inversão do ônus da prova é regra de julgamento, razão pela qual pode ser decretada em sede de sentença e até mesmo no julgamento em segunda instância, consoante entendimento perfilhado pelo STJ.** 2. Nos termos da Súmula 297 do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. 3. A possibilidade de saque indevido em sistema de “Caixa Rápido” é verossímil, correspondendo a golpe cada vez mais utilizado por estelionatários, sendo certo que o Autor é hipossuficiente (comerciário), com movimentação financeira relativamente pequena, cenário que justifica a inversão do ônus da prova, tal como previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor - CDC. 4. A responsabilidade da CEF na relação com seus clientes é objetiva, só podendo ser excluída pela demonstração, a seu cargo, de que houve culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, tudo nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Existência de fato incontroverso, consubstanciado em saques indevidos realizado em prejuízo do Autor, caracterizando a falha do serviço prestado. 6. **Invertido o ônus da prova e observando-se que a responsabilidade da CEF, como fornecedora do serviço é objetiva, lhe cabia comprovar que houve culpa exclusiva do correntista autor ou de terceiro, do que não se desincumbiu,** fazendo mera ilação de que o próprio Autor efetuou o saque. [...] 11. Apelação da CEF desprovida.

(AC 200433000171957, JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 29/01/2010 PAGINA: 276) [grifo nosso]

No mesmo ano de 2010, também se decidiu:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONSUMIDOR. SAQUE NÃO RECONHECIDO PELO CORRENTISTA. CULPA DO AUTOR NÃO

COMPROVADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEF. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDIFERENTE O MOMENTO DA DECLARAÇÃO. LEI 8.078/90. DANO MORAL. REDUÇÃO.

1. **Respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa** (art. 5º, inciso LV, da CF), é indiferente o momento da declaração de inversão do ônus da prova, porquanto deveria a instituição financeira agir de logo com a máxima presteza na produção de provas que auxiliassem na apuração dos fatos. 2. Verifica-se do depoimento da funcionária do PROCON que não procede a alegação de que “a gravação feita pela Recorrente em seu sistema de segurança... deixou claro que a prática do ato se deu por conta ÚNICA E EXCLUSIVA do ‘ofendido’”. 3. Decidiu o STJ que há muito se consolidou “o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da lei consumerista” (REsp 662608/SP, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 05/02/2007). 4. A instituição financeira é responsável, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos oriundos dos serviços prestados. 5. O autor é hipossuficiente, sendo essa hipossuficiência capaz de dificultar a defesa judicial de seus direitos ante a falta de disponibilidade de elementos probatórios, que, em tese, encontram-se ao alcance do fornecedor. 6. Somente a CEF dispõe - ou deveria dispor - de equipamentos de filmagem para registrar tudo o que ocorre em suas agências. Assim, poderia apresentar as filmagens do local onde foi efetuado o saque reputado indevido. 7. A instituição bancária, ao adotar novas tecnologias tendentes à otimização de seus

serviços e à redução de seus custos operacionais, deve observar medidas indispensáveis à preservação da segurança das operações realizadas por seus clientes, inclusive mediante instrumentos que registrem a forma como ocorrem essas mesmas operações. 8. **“Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha”**; “se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência” (STJ, REsp 727843/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJ de 1º/2/2006). [...] 12. Apelação da CEF parcialmente provida para reduzir a indenização por danos morais ao valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 13. Sucumbência recíproca mantida. (AC 200238010033225, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 29/01/2010) [grifo nosso]

Observa-se, portanto, que a Quinta Turma do Egrégio TRF da 1ª Região inclina-se no sentido de que a inversão do ônus da prova configura-se como regra de julgamento, podendo ocorrer no momento de prolação da sentença, sem que haja a anterior necessidade de informar, disso, o litigante.

5.2. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Dos julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que exerce jurisdição sobre os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, extraem-se os seguintes acórdãos sobre a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FGTS. SAQUE INDEVIDO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. AGRAVO RETIDO 1. Não se afigura válida a sentença recorrida quando, revogando decisão anteriormente proferida, cerceia o direito da parte prejudicada de postular a produção probatória. 2. **Havendo controvérsia a respeito de fatos cuja prova não se encontra nos autos, é imprescindível que o juízo que inverteu o ônus da prova primeiro defina a regra de julgamento que pretende aplicar, deixando indubitado a quem incumbe tal ônus, viabilizando ao mesmo a produção da prova faltante.** 3. Apelação conhecida, para, de ofício, determinar a anulação da sentença recorrida. Agravo retido e mérito da apelação prejudicados.

(AC 200551010094746, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 10/11/2010) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL. ECT. CORRESPONDÊNCIA NÃO ENTREGUE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NÃO TRADUZ RELAÇÃO DE CONSUMO. ÔNUS DA PROVA. ENCARGO PROBATÓRIO DA PARTE AUTORA. ART.37, § 6O. CF. INDEMONSTRADO CONDUITA COMISSIVA OU OMISSIVA. - Inicialmente, examino a questão prévia, concernente ao acenado cerceamento de defesa, traduzida na ausência de produção de prova, eis que proferida sentença sem ter oportunizado as partes produção de provas, especialmente oitiva de testemunhas. Desacolho-a, na medida em que cuida-se de fato incontroverso, pelo que despidi-a a produção de prova suplementar. - Quanto à prestação de serviços a que se refere o art.22 do CDC, no que diz respeito a sua aplicação aos órgãos públicos. Mesmo que se admitisse a configuração de relação consumerista estrito *sensu*, como é cediço, a **inversão do encargo probatório, “depende de circunstâncias concretas apuradas pelo juiz no contexto da facilitação, da defesa dos direitos do consumidor”** (STJ), REsp

598620, DJ 18/4/05), não se operando ipso facto (STF, REsp 284995, DJ 22/11/04), impondo-se o reconhecimento, assim, que a produção de prova seja reconhecidamente impossível, sem aplicação das regras de experiência comum (STJ, REsp 769879, DJ 10/10/05), **devendo, por derradeiro, operar-se no momento “situado entre o pedido inicial e o saneador”** (“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, RIZZATO NUNES, SARAIVA, 2a. ed., 2005, pág.135), **de molde a se preservar o princípio do devido processo legal**, orientação firmada, inclusive pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Súm.91). - A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, na qualidade de prestadora de serviço público, submete-se à regra da responsabilidade objetiva estabelecida no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, bastando a comprovação do nexo causal entre o fato e o dano, para fazer surgir a obrigação de indenizar. - Há que se vislumbrar um nexo etiológico entre a conduta, e o dano experimentado (STF, RE 172025, DJ 19/12/96), sem o qual, não obstante a presença daqueles, inviabiliza-se o reconhecimento indenizatório (STJ, REsp 44500, DJ 9/9/02). Estabelecidas estas coordenadas, deve-se ainda ser observada algumas regras específicas para o serviço postal. - É de se afirmar que, mutatis mutandis, a Egrégia 4ª Seção Especializada desta Corte Regional, já teve a oportunidade de apreciar a matéria em questão, quando do julgamento dos Embargos Infringentes na AC no. 2001.02.01.012929-7, na Sessão do dia 23/06/2005, que por unanimidade deu provimento ao recurso da ECT, por entender que a parte deixou de atender as regras estabelecidas para o serviço postal, quando deixou de declarar quando do ato de postagem, o valor dos objetos e de seu conteúdo. - *In casu*, a parte autora deixou de atender a regras estabelecidas para o serviço postal, quando deixou de declarar quando do ato de postagem, o valor dos objetos, restando constatado que tal conduta não foi observada pela parte autora, como bem sinalado na decisão de piso. - Assim, a meu juízo, além de ter-se indemonstrado qualquer conduta da parte ré, quer comissiva, quer omissiva, causadora de dano, este não se traduziu, no caso presente, por não

haver lesão de molde a se alçar a questão ao plano do dano moral, apresentando-se, assim, como mero aborrecimento, que inautoriza qualquer pleito indenizatório. - Por outro lado, considerando serem os autores beneficiários da Justiça gratuita, deixo de condená-los em custas processuais e honorários advocatícios. - Recurso parcialmente provido.

(AC 200850010128100, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 29/04/2010 - Página: 463/464) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SAQUES INDEVIDOS REALIZADOS POR TERCEIRO. FRAUDE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. I – Dizendo a lide respeito a contrato firmado com instituição bancária, a submissão às regras do Código de Defesa do Consumidor deflui da própria literalidade do §2º de seu art. 3º, entendimento este que veio a ser confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado nº 297 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, *verbis*: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. II - **Se, em momento anterior ao do julgamento, de modo a não causar indevida surpresa à parte ré, determina o juízo a inversão do ônus da prova, à luz do art. 6º, inc. VIII, da Lei n.º 8.078/90, e o réu, devidamente intimado, requer a produção de prova pericial mas se omite em apresentar os documentos necessários à perícia grafotécnica e, bem assim, deixa de depositar os honorários periciais, nenhuma outra alternativa se apresenta ao magistrado senão a de admitir como verdadeiros os fatos narrados pelo autor na inicial, reconhecendo que os saques ocorridos na sua conta teriam sido realizados por terceiro, mediante fraude.** III – Embora vigore, em nosso sistema, como regra geral, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, fundada na

culpa, a verdade é que em determinadas situações excepcionais, como ocorre no caso das atividades de prestação de serviços, o fornecedor responde pelos danos causados aos consumidores de forma objetiva, ou seja, independentemente da demonstração de culpa (§2.º do art. 3.º e art. 14 do CDC). Assim sendo, a mera demonstração do dano enseja a responsabilização da instituição financeira que, a despeito das oportunidades concedidas, se omite em comprovar a existência de causas excludentes de sua responsabilidade. IV – O fato de terceiro que exonera o fornecedor de sua responsabilidade é somente aquele que não guarda conexão com a atividade empresarial desenvolvida, assim como o caso fortuito excludente da responsabilidade não pode ser aquele que se reconhece como fortuito interno, ou seja, fato que se liga à organização da empresa, relacionando-se com os riscos do negócio. V – Não merece reparos a decisão que fixa indenização por danos materiais no montante correspondente ao valor objeto dos saques indevidos, e por danos morais em valor seis vezes superior à quantia indevidamente sacada da conta do consumidor, por não se revelar tal valor exorbitante nem incompatível com o abalo psíquico sofrido pela vítima, consideradas ainda a sua posição socioeconômica, bem como a capacidade financeira da instituição bancária-ré, além de atender o caráter pedagógico que deve nortear a referida indenização. VI – Apelação da CEF desprovida.

(AC 200051010138156, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 29/09/2009 - Página: 178) [grifo nosso]

Poder-se-ia afirmar, a partir de tais julgados, que o Eg. TRF da 2ª Região manifesta-se no sentido de que a inversão do ônus da prova não pode ocorrer sem que antes sejam cientificadas as partes. Há, no entanto, julgamentos em diverso sentido:

AGRAVO INTERNO. BANCOS. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO. 1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às

instituições financeiras. 2. **Com relação à inversão do ônus da prova, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que se trata de uma regra de julgamento, não constituindo cerceamento de defesa que a mesma se dê quando do julgamento da demanda.**

3. Ora, sendo o caso de inversão do ônus probatório, caberia CEF provar que não houve prestação de serviço inadequado, de sorte que deveria ter provado a regularidade da cobrança das tarifas bancárias, o que efetivamente não ocorreu, logo, a manutenção da sentença se impõe. 4. Recurso improvido.

(AC 200551080000765, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 10/05/2011) [grifo nosso]

Observa-se, desta feita, certa variabilidade, nos julgamentos daquela Corte, acerca da matéria probatória ora analisada.

5.3. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Do âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com jurisdição nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, sobre o tema, extraem-se: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557. AGRAVO LEGAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROVA PERICIAL. CABIMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras estão submetidas às disposições do CDC, editando a Súmula nº 297, que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. 2. Todas as ações que têm por objeto o recebimento de crédito fornecido pelas instituições financeiras ou revisão contratual exigem, via de regra, a produção de prova pericial e de custo considerável, de sorte que o consumidor não tem condições de arcar com os custos da produção da prova pericial, até porque estão com grande parte da renda comprometida

com o pagamento das prestações. 3. Estando o contrato objeto da lide submetido às regras do CDC, é cabível a inversão do ônus da prova, com fundamento no artigo 6º, inciso VIII, daquele diploma legal. 4. **A inversão do ônus da prova não configura regra de julgamento, pois tal inversão, ainda na fase instrutória, evita que se surpreendam as partes litigantes, ao contrário do que acontece se sua análise se dá somente quando da prolação da sentença.** 5. Agravo legal improvido.

(AI 201003000138451, JUIZA SILVIA ROCHA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 01/04/2011) [grifo nosso]

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL NO ÂMBITO DO SFH - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROVA PERICIAL: NECESSIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: ADMISSIBILIDADE, NA FASE INSTRUTÓRIA. 1. Agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da ação em que se discute contrato de financiamento de imóvel celebrado no âmbito do SFH, indeferiu a produção de prova pericial, bem como a inversão do ônus da prova. 2. De um lado, o agravante afirma que as prestações foram reajustadas por índices diversos do pactuado, e de outro lado, a agravada sustenta o cumprimento fiel do contrato. Portanto, trata-se de questão controvertida cujo esclarecimento demanda a produção de prova pericial. Precedentes. 3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras, como prestadoras de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, §2º, estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, editando a Súmula 297: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. 4. No mesmo sentido firmou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-DF, excetuando-se da abrangência do CDC apenas “a definição do custo das operações ativas e a remuneração das ope-

rações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia”. 5. As ações que têm por objeto a revisão de contratos de financiamento de imóveis celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação exigem, via de regra, a produção de prova pericial complexa e de custo considerável. 6. É cabível a inversão do ônus da prova, com fundamento no artigo 6º, VIII, do CDC, sendo consequência da determinação de inversão do ônus da prova que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito também seja invertida. Precedentes. 7. **A inversão do ônus da prova é regra de produção da prova e, portanto, o momento de sua aplicação é durante a fase instrutória. A legislação processual, como regra geral, atribui ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Se for o caso de inversão dessa regra, as partes devem ser intimadas antes do término da fase instrutória, de forma a ter a possibilidade de produzir as provas que entenderem pertinentes.** 8. **A aplicação da regra de inversão do ônus da prova somente por ocasião do julgamento implicaria em violação ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, já que surpreenderia a parte que não produziu a prova porque não foi cientificada de que teve esse ônus atribuído pela decisão judicial que inverteu a regra geral.** Precedentes. 9. É consequência da determinação de inversão do ônus da prova que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito também seja invertida. Precedentes. 10. Agravo de instrumento provido.

(AI 00075707120074030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial DATA: 22/10/2010, PÁGINA: 220) [grifo nosso]

Ter-se-ia, desta maneira, em um primeiro momento, que o Eg. TRF da 3ª Região também se inclinaria no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus probatório se caracteriza como regra de procedimento ou de atividade, pelo que não poderia ocorrer somente no momento da prolação

da sentença. Tal entendimento, contudo, não é unânime naquela Corte Federal. Vejam-se:

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES INDEVIDOS. CONTA CORRENTE. EXCLUDENTE DE ILICITUDE INOCORRENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INTIMAÇÃO DAS PARTES. NÃO IMPUGNAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO A QUO. 1. A responsabilidade civil das instituições financeiras por falha do serviço é objetiva, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme Súmula nº 297 do STJ. 2. **A inversão do ônus da prova, como medida excepcionada àquela da produção das provas (art. 333 do CPC), refere-se a mecanismo de elucidação por quem detém melhores condições de produzi-las, tanto porque a capacidade técnica lhe é favorável, quanto porque a outra parte carece de meios para constituir prova robusta de seu direito.** 3. **A inversão do ônus da prova constitui verdadeira regra de julgamento, através da qual o juiz, no momento de prolação da sentença, verifica sua aplicação com vistas a resguardar os direitos inerentes ao consumidor posto em desvantagem, diante do poderio econômico intrínseco à atividade desempenhada pela instituição financeira.** 4. Apesar disso, cumpre ressaltar que as partes foram advertidas da inversão do ônus *probandi* durante a fase instrutória, decisão que sequer foi impugnada pelo recurso cabível. 5. É inviável à apelada produzir prova de fato negativo, qual seja, a prova de que não realizou os referidos saques ou de que não revelou sua senha a terceiro. 6. O sistema é passível de falhas que podem ocasionar prejuízos ao consumidor, cabendo à Caixa oferecer segurança a seus clientes, com implantação de mecanismos idôneos a evitar fraudes e comprovar o verdadeiro autor dos saques contestados.

[...] 11. Apelação parcialmente provida.

(AC 00252536720014036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial DATA: 17/06/2010, PÁGINA: 52) [grifo nosso]

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE INDEVIDO. DANO MATERIAL E MORAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. I - **A inversão do ônus da prova é regra de julgamento. Os documentos juntados dão conta de que a CEF participou ativamente de toda a instrução do processo, não tendo, bem por isso, experimentado qualquer prejuízo, vez que tinha, há muito tempo, plenas condições de provar os fatos desconstitutivos e impeditivos do direito do autor.** O entendimento defendido pela CEF é antigo, não sendo aceitável que ela alegue desconhecimento das regras do CDC, quando, à época da sentença, esse diploma legal já tinha 15 anos de vigência. II - O dever de indenizar, por outro lado, não exige a inversão do ônus da prova, não tendo pertinência questão relativa à sua atribuição a uma das partes. No caso em apreciação o autor não tem como comprovar que jamais efetuou os saques em comento, e não por negligência sua, como alega a recorrente. Esta, por sua vez, também não tem como demonstrar o contrário. **Diante da existência de elementos cuja prova se mostra impossível, cabe ao magistrado a aferição de outros elementos importantes de convicção, para decidir com maior segurança, pela veracidade de uma ou de outra versão, pautando-se pelos princípios de direito material aplicáveis à espécie, sem que isso implique em qualquer ofensa ao art. 333, I, do CPC.** [...] IV - Não há como afastar a responsabilidade da CEF em indenizar o autor pelos saques realizados indevidamente em sua conta poupança, eis que é prestadora de serviços bancários e responde, objetivamente, pelos danos infligidos aos consumidores, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, questão pacificada em nossa jurisprudência

com a edição da Súmula 297 pelo C. Superior Tribunal de Justiça. [...]

(AC1141561, JUIZ ALESSANDRO DIAFERIA, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 DATA: 18/08/2011) [grifo nosso]

5.4. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Já na sede do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com jurisdição nos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, é possível ressaltar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDEFERIMENTO DE PLANO. A norma referente à **inversão do ônus da prova** (art. 6º, VIII, do CDC) **dirige-se ao juiz no momento de avaliar as provas produzidas pelas partes e reconhecer os fatos alegados na inicial**. Dessa forma, na espécie, o afastamento de plano da aplicação do Código de Defesa do Consumidor implica na impossibilidade de sua incidência no momento oportuno. Agravo provido.

(AG 200004011326116, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 18/07/2001 PÁGINA: 445) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. SFH. REVISÃO JUDICIAL. [...] Assim, no presente caso aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor naquilo em que for pertinente a sua incidência. Não se trata, aqui, de cancelar a inadimplência ou os desvios dos clientes das instituições financeiras, eis que a norma em questão veio a lume para humanizar as relações de consumo, dando igualdade de partes no plano material. A cláusula pacta sunt servanda, com temperamentos, continua em vigor. A liberdade contratual, sob a ótica do direito civil constitucional, reclama boa fé objetiva tanto do credor como do devedor. Portanto, como já salientado, o Código de Defesa do Consumidor em vigor aí está para humani-

zar as relações de consumo. Desse modo, a aplicação das regras de proteção do consumidor aos contratos bancários, por si só, não significa a procedência total dos pedidos da parte autora, mas sim, que as cláusulas contratuais serão interpretadas favoravelmente ao consumidor, sempre que se apresentarem duvidosas, ambíguas ou contraditórias e que impliquem prejuízos. Nos demais casos, o contrato será interpretado de acordo com as regras de hermenêutica estabelecidas para a exegese dos demais negócios jurídicos. Ainda, importa esclarecer que o pacto firmado entre as partes pode ser efetivamente considerado de adesão. Contudo, não há falar, apenas por ser de tal natureza, na abusividade de todas as cláusulas contratuais, devendo a análise ser feita pontualmente, em relação a cada item impugnado, a fim de se afastar atos ilícitos ou que causem lesão ao consumidor. [...] Por fim, **a inversão do ônus da prova**, prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90, **não é obrigatória e depende da análise de requisitos básicos** (verossimilhança da alegação e hipossuficiência da parte), **os quais não se presumem, estando ausentes na hipótese dos autos**. A respeito, cito o seguinte julgado: Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA. SIMILITUDE FÁTICA. INEXISTÊNCIA. (...) III - **A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6.º da Lei n.º 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento, ope judicis, desde que o consumidor seja hipossuficiente ou seja verossímil sua alegação**. Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (STJ. REsp n.º 241.831/RJ. Terceira Turma. Rel. Ministro Castro Filho. DJU de 03.02.2003, p. 314. Grifei.) Entretanto, ressalvo que o fato de não se inverter o ônus da prova não impede a aplicação do Código de Defesa do Consumidor naquilo que for pertinente a sua incidência, tal como exposto. [...]

(AC 00002998520074047209, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 12/05/2010.) [grifo nosso]

Observa-se, desta feita, que essa Eg. Corte mais se inclina no sentido de reconhecer as normas de inversão *ope judicis* com natureza de regra de julgamento, devendo, pois, ocorrer quando da prolação da sentença.

5.5. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Ademais, da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que exerce a jurisdição federal nos estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, colacionam-se as seguintes decisões:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REABERTURA DE DISCUSSÃO ACERCA DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO (CCF). DANOS MORAIS. CRÉDITO EM CONTA DE POUPANÇA. LICITUDE DA ATUAÇÃO DA CEF. ARTIGO 5º, INCISO V, DA CF/88. I - A prova documental trazida aos autos demonstra que a devolução do cheque por insuficiência de fundos não foi motivada por falha no sistema operacional bancário, nem decorreu de erro administrativo da CEF, mas de ausência da solicitação de resgate da poupança e transferência para a conta corrente por parte do particular, onde a inversão do ônus da prova pretendida não socorre o pedido de indenização. O autor/apelante foi cobrado e teve seu nome incluído em cadastro negativo (CCF) de acordo com o Contrato bancário firmado com a instituição, legalmente amparado. II - É certo que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, podendo ser decretada até mesmo em segunda instância, entretanto, no caso dos autos, restou devidamente fundamentado no voto condutor do julgamento, parte integrante do acórdão ora embargado, que a responsabilidade objetiva da CEF foi excluída pela demonstração, a seu cargo, da ocorrência da culpa exclusiva do autor/embargante, nos termos do art.

14, do CDC. III - Não ocorreu o alegado cerceamento de defesa (artigo 5º, LV, da CF/88 prequestionado). [...] (EDAC499437/01/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 31/08/2010) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. INO-CORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PRELIMINARES PROCESSUAIS REJEITADAS. EMPREGADO DA CAIXA. CONCESSÕES IRREGULARES DE FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS. ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. PROCEDÊNCIA. 1. A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL buscou jurisdicionalmente a condenação do réu ao pagamento de R\$ 297.610,79 (duzentos e noventa e sete mil seiscientos e dez reais e setenta e nove centavos), decorrente de concessões irregulares de financiamentos habitacionais, apuradas mediante processo administrativo nº. 05.00030/1998, que concluiu pela responsabilidade civil/administrativa do débito, conforme demonstrativo de apuração de débito referente ao período de 17/05/1998 a 30/06/2004. [...] 4. No mérito, mister registrar **que a doutrina pátria tem defendido a tese de que as regras sobre ônus da prova não são regras de procedimento, mas sim de julgamento. O processo somente deve ser resolvido com base nos ditames sobre ônus da prova, previstos no art. 333 do Código de Processo Civil, quando aquilo que se pretende ver provado nos autos não o foi a contento. Com isso, quer-se dizer que a solução do processo com base na distribuição do ônus da prova deve ser adotada somente em caráter subsidiário.** 5. Nas diversas oportunidades em que a produção de prova testemunhal foi possível, o advogado do réu, de boa ou má-fé, mas sempre injustificadamente, criou obstáculos à realização da audiência. Em razão disso, com fulcro no art. 453, parágrafo 2º, CPC, foi dispensada a oitiva das testemunhas arroladas pelo réu. 6. Em virtude da carência probatória, é de se imputar ao réu o ônus da ausência

de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Isso porque os fatos constitutivos do direito autoral, quais sejam as diversas irregularidades decorrentes de financiamentos imobiliários viciados, devidamente apuradas em regular processo administrativo instaurado no âmbito da instituição-autora, não foram objeto de contraprova por parte do réu. [...] (AC491433/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 22/06/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 01/07/2010) [grifo nosso]

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. JULGAMENTO CITRA PETITA. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE. FATOR DE ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE ORDEM. ABUSIVIDADE. 1. Apelações desafiadas pela Caixa Econômica Federal - CEF e por Marcelo Henrique Vaz Marinho em face da sentença que, em sede de Embargos à Execução de Título Extrajudicial, fundada em Contrato Particular de Consolidação, Confissão, Renegociação de Dívida e outras obrigações, deu provimento, em parte, aos Embargos, para reconhecer “a nulidade da cláusula sétima que prevê a renúncia ao benefício de ordem”, tendo estabelecido a sucumbência recíproca. 2. No tocante à preliminar de nulidade da sentença, em face do suposto julgamento citra petita, suscitada pelo particular em suas razões de Apelo, porquanto não teria sido apreciado o pedido de inversão do ônus da prova, bem como o questionamento se as cláusulas contratuais foram ou não redigidas com o devido destaque, ambos formulados em sede de embargos de declaração, não merece prosperar. 3. **Em relação à questão da inversão do ônus da prova**, foi exaustivamente debatida na instância monocrática, tendo o magistrado expressamente

explicitado, nas decisões que apreciaram os sucessivos embargos de declaração interpostos pelo particular, que **só cabe tal inversão no momento da prolação da sentença, se acaso não houver prova do fato ou for ela insuficiente para o julgamento da lide**; e ainda se houver necessidade da inversão, tal não implica impor à parte contrária os ônus com os custos da perícia requerida no processo, mas meramente estabelecer, no momento do julgamento do processo que, do ponto de vista processual, o consumidor não tem o ônus de produzir essa prova. [...] 12. Manutenção da sucumbência recíproca, tal como determinada na sentença, de modo que cada parte deve arcar com as custas e os honorários advocatícios (art. 21, caput, CPC). 13. Apelação da CEF improvida e Apelação do particular provida, em parte (item 9).

(AC 200884000034357, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 29/10/2012 - Página: 175) [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CADERNETA DE POUPANÇA. ÍNDICES DE 26,06%, 42,72% e 21,87%. PRESCRIÇÃO. RECURSO REPETITIVO (REsp 1107201/DF). INTERRUPÇÃO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL a pagar aos autores a correção monetária resultante da incidência dos índices de 26,06%, 42,72% e 21,87% sobre os saldos das contas poupança nos períodos de sua incidência, acrescidos de juros e correção monetária, mas compensando-se com os percentuais já aplicados. O ilustre sentenciante fixou sucumbência recíproca das partes e condenou a CAIXA a recolher as custas processuais finais. [...] 6. No tocante à preliminar de ausência de comprovação de relação contratual de depósito em relação a alguns autores, de fato, “**o artigo 6º, inciso VIII, do Código**

de Defesa do Consumidor, citado no despacho do dia 23/09/2010 (fl. 214), **permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, contudo, a inversão só deve ser operada quando as circunstâncias do caso concreto admitirem a presunção de veracidade das alegações da parte hipossuficiente.** No caso em comento, essa presunção de veracidade só pode ser inferida se os poupadores ao menos comprovarem a existência da caderneta de poupança. Com a comprovação da existência da caderneta, poderá a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL apurar o período em que esteve ativa e quais as movimentações e respectivos saldos. **Em que pese a premissa esteja firmada, cumpre observar tal discussão poder ser aferida por ocasião do cumprimento do julgado, sem que, com isso, haja qualquer prejuízo à instituição financeira demandada, visto que a requisição dos extratos nesta fase processual acabaria por tumultuar o andamento da causa, trazendo óbices desnecessários ao seu deslinde.** [...] Apeleção improvida.

(AC 00006224920114058300, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 30/08/2012 - Página: 116) [grifo nosso]

Pode-se concluir, a partir de tais acórdãos, que o Eg. TRF da 5ª Região possui entendimento, mais ou menos unânime, no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer no momento de prolação da sentença, haja vista ter natureza de regra de julgamento.

5.6. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, por fim, cumpre salientar que a matéria ora discutida, no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, tem sido decidida, ao longo do tempo, com pouca uniformidade. Havia, contudo, uma inclinação, em dada medida, sobretudo no seio da Terceira Turma daquela Corte Superior, no sentido de que inversão *ope judicis* seria, de fato, regra de julgamento. Vejam-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR. CEGUEIRA CAUSADA POR TAMPA DE REFRIGERANTE QUANDO DA ABERTURA DA GARRAFA. PROCEDENTE. OBRIGAÇÃO SUBJETIVA DE INDENIZAR. SÚMULA 7/STJ. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR. REGRA DE JULGAMENTO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. ARTS. 159 DO CC/1916, 333, I, DO CPC E 6.º, VIII, DO CDC. - Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula nº 7 deste STJ. - Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexistente, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”. - **Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.** Recurso especial não conhecido.

(REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 220) [grifo nosso]

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM 2º GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. 1. Essa Corte firmou o entendimento de que é **plenamente possível a inversão do ônus da prova em 2º grau de jurisdição, pois cuida-se de uma regra de julgamento, que não implica em cerceamento de defesa para nenhuma das partes.** 2. Agravo regimental não provido.

(AGA 200800572655, VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), STJ - TERCEIRA TURMA, DJE – Data: 16/04/2010) [grifo nosso]

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O Processo Civil moderno enfatiza, como **função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo** (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um **julgamento por presunção**, essas regras devem ser **aplicadas apenas de maneira excepcional**. 3. As partes, no Processo Civil, têm o **dever de colaborar com a atividade judicial**, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão

individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. **Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista.** Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. **A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favorável de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.** 7. Recurso especial conhecido e improvido.

(RESP 200901323778, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 07/02/2011) [grifo nosso]

Mais recentemente, contudo, parece ter havido uma mudança de paradigma, uma vez que alguns julgados da Segunda Seção daquela Corte posicionaram-se no sentido de reconhecer a importância da cientificação das partes, antes da prolação da sentença, acerca do *onus probandi* de cada uma delas.

Nesse sentido, colacionam-se:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. **A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei** ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), **ou por determinação judicial** ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14,

§ 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. **A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).** Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. **A inversão ‘ope judicis’ do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.** Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(RESP 200502038653, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE – DATA: 21/09/2011) [grifo nosso]

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo

legal como regra de instrução. Divergência configurada. **3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso** (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, **a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade”** (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

(EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012) [grifo nosso]

6. CONCLUSÃO

Conforme já se fez referência, a discussão acerca das normas relativas à produção probatória, em sede cível ou penal, revela-se deveras importante, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, em que, além de a jurisdição ser monopólio do Estado – sendo, regra geral, vedada a autotutela ou justiça de mão própria –, estão consagrados, em nível constitucional, os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica.

Em última análise, discutir as normas que regulam a matéria probatória, inclusive aquelas atinentes ao *onus probandi*, visando a que seja amplamente

respeitado o já mencionado direito constitucional à prova, é garantir, aos litigantes, a não surpresa, sendo, pois, medida última de justiça material.

O ordenamento jurídico brasileiro, em que pese adotar, como sistema de valoração das provas, o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, estabeleceu diversas regras e parâmetros que devem ser levados em conta pelo Magistrado, em sua atividade judicante, com o objetivo de bem pôr fim à lide. Dentre tais critérios legalmente postos, citam-se aqueles que dispõem sobre o ônus da prova.

O Código de Processo Civil, como regra geral, adota, em seu artigo 333, o sistema de distribuição estática do ônus probatório, pelo qual cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto incumbe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daqueloutro. Tal disposição, contudo, não é absoluta. Segundo expõe Camilo José d'Ávila Couto,

A dinamicidade das relações sociais e a evolução tecnológica modificam a todo instante as relações jurídicas daí derivadas, influenciando o como provar (meios), o que deve e necessita ser provado (*thema probandum*), quem pode provar e quem deve sofrer as consequências da ausência de provas (ônus da prova). Em decorrência, o sistema processual perde em legitimidade ao continuar se servindo de regras absolutamente rígidas e não consegue evoluir no mesmo passo que a sociedade exige. Assim, não se pode considerar moderno um sistema processual no qual a distribuição do ônus da prova é estabelecida exclusivamente de forma prévia e abstrata, i.e., antes dos fatos ocorrerem no mundo real, como se fosse possível prever todas as hipóteses prováveis e plausíveis e enquadrá-las nessa mesma norma jurídica³⁷.

Nesse passo, no sistema brasileiro, consagram-se outras três regras relativas à distribuição do *onus probandi*: a inversão *ope legis* (ou redistribuição do ônus probatório), a inversão *ope judicis* e a teoria da carga probatória dinâmica.

³⁷ COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova**: teoria e prática. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

A diferença entre elas reside no grau de previsibilidade que o direito positivo confere às partes, sendo possível, inclusive, enxergar, nelas, uma ordem decrescente de classificação. Enquanto na teoria estática e na inversão *ope legis*, as partes, de antemão, já têm consciência do que deverão provar para que não restem sucumbentes na demanda judicial, haja vista que o legislador, aprioristicamente, determina as regras que deverão auxiliar o Juiz na apreciação do feito, na inversão *ope judicis*, a lei permite ao julgador a modificação do *onus probandi*, atendidos os requisitos postos, observadas, portanto, as peculiaridades do caso *sub judice*. E, por fim, na distribuição dinâmica da carga probatória, embora a lei não disponha a respeito, o Juiz determina que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”³⁸, sendo, assim, importante “ferramenta jurídico-processual que instrumentaliza e potencializa a efetividade da tutela dos direitos materiais através do exercício do poder jurisdicional”³⁹.

De acordo com o que dispõem Marinoni e Arenhart,

a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida. Nesse último sentido, a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir⁴⁰.

Portanto, subsidiárias ou supletivas que são, as regras que dispõem sobre o ônus da prova somente terão importância quando se revelar deficiente a instrução do caso que se deve julgar, máxime porque “se o juiz dispuser de provas suficientes para o seu convencimento, pouco interessa quem a produziu, uma vez que a prova é do juízo e não das partes”⁴¹, conforme impõe o princípio da aquisição da prova.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 91.

³⁹ COUTO, Camilo José d'Ávila, op. cit.

⁴⁰ MARINONI, Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 784.

E tal não discrepa nas hipóteses de inversão *ope judicis* ou de distribuição dinâmica do ônus probatório. Nesses casos, ainda que o Juiz modifique o *onus probandi* estaticamente previsto na norma positivada, respaldado por disposição expressa de lei processual ou não, somente deverá uma das partes suportar as consequências da não produção da prova de que deveria se desincumbir se se revelarem insuficientes os fatos demonstrados para a formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido, haver-se-ia, técnico-juridicamente, de reconhecer o encargo probatório como regra de julgamento, *concessa venia* dos entendimentos divergentes.

No entanto, impõe-se frisar, com aqueles que advogam no sentido de configurar, nesses casos, o *onus probandi*, regra de procedimento ou atividade, a necessidade de se informar a inversão do ônus da prova às partes, em tempo hábil, visando a possibilitar-lhes a devida instrução do feito. Tal dever de comunicação, além de encontrar fundamento nos multicitados princípios constitucionais *supra*, pode ser também extraído do § 2º, do artigo 331, do CPC, segundo o qual, na audiência preliminar, em não sendo obtida a conciliação, o Juiz, além de fixar os pontos controvertidos e decidir as questões processuais pendentes, determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Destarte, e em uma linha intermediária, conciliadora, poder-se-ia concluir que, mesmo na inversão *ope judicis* e na distribuição dinâmica da carga probatória, o ônus da prova configura regra de julgamento.

Todavia, nesses casos excepcionais, em que as partes não têm, de antemão, como saber quais elementos ou fatos deverão demonstrar em juízo, torna-se imprescindível que – além de se afigurar possível, fática e juridicamente, a produção da prova por aquele a quem se está atribuindo o ônus probatório – sejam, os litigantes, de tal inversão, cientificados, não se revelando adequada a modificação somente ao tempo da prolação da sentença, e, muito menos, em segundo grau de jurisdição.

Embora ainda remanesça oscilante, na Justiça Federal brasileira, como um todo, a aplicação de tais regras, em um sentido ou outro, revela-se necessária, e a partir do julgamento do Recurso Especial 802.832/MG e dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 422.778/SP, *retro*, uma uniformização jurisprudencial, reconhecendo-se, com o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que a inversão *ope judicis* do ônus da prova “deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou,

pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas⁴².

Desta maneira, estará o Poder Judiciário ratificando a importância do valor segurança, previsto na CF/88, extirpando, assim, do sistema processual brasileiro, a indesejada surpresa jurídica.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo C. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136> Acesso em: 29 de abril de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida liminar. **AC n. 2.893-MC/PI**. Relator: Ministro Celso de Mello. 22 de junho de 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>> Acesso em: 24/4/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Não provimento de Recurso Especial. **REsp n. 802.832/MG**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200502038653>>. Acesso em: 02/05/2013.

COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Não provimento de Recurso Especial. **REsp n. 802.832/MG**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200502038653>>. Acesso em: 02/05/2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 13, p. 38, jan./mar. 1995.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Momento processual de inversão do onus da prova na tutela do consumidor. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano III, n. 14, pp. 40-43, out./nov./dez. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/590/3.3.1%20Momento%20processual%20de%20invers%C3%A3o%20do%20C3%B4nus.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 de abril de 2013.

KNIJINK, Daniel. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Tereza Arruda. **Processo de Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1 – parte geral**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ACESSO À JUSTIÇA E A REFORMA AGRÁRIA

Francisco Glauber Pessoa Alves

Juiz Federal da SJPE

Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP)

Membro do IBDP e do Conselho de Redação da REPRO

RESUMO: O presente trabalho aborda o princípio que o acesso à justiça não se dá só sob a ótica formal, mas, principalmente, de acesso à ordem jurídica justa, à decisão mais adequada ao direito. Enfrenta a conformação do direito à propriedade com outros valores realçados na própria constituição, de onde a Constituição Federal assegura a função social da propriedade, principalmente a desapropriação. Destaca o vácuo jurisprudencial quanto à só produtividade da propriedade rural como suficiente para afastar a desapropriação para fins de reforma agrária.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Desapropriação. Propriedade rural. Produtividade.

Abstract: This paper analyzes the access to justice and to a fair legal system principle. It approaches the conformation of the right to property ownership along with other values highlighted in the Constitution itself, which guarantees the social function of property, mainly in light of the expropriation. It stresses the jurisprudential vacuum considering rural property productivity as being enough to rule out expropriation aiming agrarian reform purposes.

Keywords: Access to justice. Expropriation. Rural property. Productivity.

SUMÁRIO: 1. A importância do acesso à justiça. 2. A função social da propriedade. 3. O acesso à terra e à política agrária. 4. A função social da propriedade e o acesso à justiça. 5. Conclusões.

1. A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O desenvolvimento da sociedade e a incrementação dos problemas que sucederam ao aumento da população urbana tiveram consequências diretas na quantidade e na complexidade dos conflitos que foram trazidos ao Judiciário.

É da Constituição Federal o princípio fundamental de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito” (art. 5º, XXXV), conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição ou indeclinabilidade jurisdicional. O acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, significa a garantia a todos conferida do acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela¹.

O tema é já bem conhecido em direito, notadamente a partir das chamadas “ondas renovatórias do processo”. O acesso seria viabilizado por três ondas. A *primeira*, pela garantia da assistência judiciária. A *segunda* seria a representação jurídica para os interesses difusos. Por fim, a *terceira*, que trata do enfoque do acesso à justiça, de caráter mais abrangente, identificando o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos².

Em síntese, está assentado na processualística que o acesso à justiça não é só o enfoque formal, de menor dimensão, mas, principalmente, o acesso à ordem jurídica justa, à decisão mais adequada ao direito. É dizer que não toca ao Judiciário verbalizar simplesmente o direito, mas, sim, a justiça.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Sob as mais diversas formas, a propriedade sempre encontrou tutela nos sistemas jurídicos. Na seara penal, a Lei de Talião já previa sanções severas (como amputação da mão) para o furto e o roubo da propriedade móvel. Mesmo em Roma já havia a proteção à posse (desdobramento da propriedade) por meio dos interditos possessórios. Assim se sucede, em maior ou menor intensidade, nos mais diversos países. Mesmo naqueles

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 153.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*, pp. 31-73.

regimes que negam a existência da propriedade privada, como no comunismo, não há escusa da garantia à propriedade pública ou do povo – o que de resto inviabilizaria a existência do próprio Estado.

Porém, com o desenvolvimento das sociedades, erigiu-se uma acentuada feição social, porque não dizer solidária (para com os demais integrantes da coletividade), quanto ao exercício desse direito. De fato, de sociedade essencialmente agrícola com população predominantemente rural transformamo-nos num país urbano³, com as pessoas vivendo nas cidades⁴. Conflitos expressivos surgiram na proporção direta desse imenso deslocamento campo-cidade: a) a concentração de grandes parcelas de terras nas mãos de poucos; b) a ocupação do espaço urbano a partir de uma perspectiva urbanística e voltada à coletividade⁵.

Natural, portanto, que a Constituição Federal de 1988 trouxesse tratamento consentâneo com a importância da matéria, conferindo essencial destaque à função social da propriedade⁶. O direito de propriedade deixou a marca individualista para ser pensado em prol de outros direitos e interesses coletivos. Há, assim, condicionantes coletivos ao direito de propriedade. Efetivamente:

³ Segundo dados do IBGE, em 1940, 54,92% da população vivia no campo e 45,08% nas cidades. Em 2010, os percentuais inverteram-se para 15,64% e 84,36%, respectivamente (www.ibge.gov.br).

⁴ Não se há de ignorar o registro de que tem havido um aumento do crescimento mais significativo nas cidades de porte pequeno e médio do que nas de grande porte (<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1146250-dados-do-ibge-apontam-que-populacao-do-pais-cresce-rumo-ao-interior.shtml>), o que certamente há de influir nas políticas urbanas e rurais do exercício de direito de propriedade.

⁵ Mesmo antes, porém, já existia uma concepção social da propriedade: “O pensamento medieval se dirige, pois, para o entendimento segundo o qual o direito de propriedade só se legitima por motivos de ordem social e, por isso, seu titular não pode do mesmo abusar, em detrimento da coletividade” (SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, p. 83).

⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

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:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que atenda à sua função social. Se ela diz que “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º., XXII) e que a “propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º., XXIII), *não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda à sua função social*. A própria Constituição dá conseqüência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante títulos, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4º, e 184). Existem outras normas constitucionais que interferem com a propriedade mediante provisões especiais (arts. 5º, XXIV-XXX, 170, II-III, 176-178, 182-186, 191 e 222).⁷ (nossos destaques).

A legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil, não seguiu linha diversa⁸. Assim, a propriedade só é tida como direito pleno *desde que exercida em conformidade com outros valores realçados na própria constituição*. E.g.: a conformidade para com os valores da reforma agrária, com o direito ambiental, com o direito urbanístico, com o direito civil *stricto sensu*.

3. O ACESSO À TERRA E À POLÍTICA AGRÁRIA

As bases normativas do direito à terra estão igualmente asseguradas na Constituição Federal, que dedicou, inclusive, todo um capítulo à reforma agrária⁹. De longa data a concentração de terras tem prejudicado a melhor

⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 72.

⁸ Art. 1228. (...)

§ 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

(...)

distribuição da renda em território nacional. Os conflitos pela terra são

CAPÍTULO III

DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

I - os instrumentos creditícios e fiscais;

II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;

IV - a assistência técnica e extensão rural;

V - o seguro agrícola;

VI - o cooperativismo;

VII - a eletrificação rural e irrigação;

VIII - a habitação para o trabalhador rural.

§ 1º - Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2º - Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§ 1º - A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§ 2º - Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

pontos de tensão constante, alimentados pela indefinição ou insuficiência das políticas agrárias governamentais¹⁰. O massacre de Eldorado do Carajás é um triste símbolo desse quadro social. Daí haver sido clara e direta a Carta Política quanto à necessidade de uma política pública focada na reforma da propriedade rural.

De se deixar claro, porém, que os critérios balizadores do exercício da função social da propriedade rural, com *standards* no art. 186 da Constituição (aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores), foram alinhavados pela Lei n. 8.629/93, que regulamenta as disciplinas relativas à reforma agrária. Por outro lado, a Lei Complementar n. 76/93 prevê o procedimento sumário aplicável às desapropriações para fins de reforma agrária.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O ACESSO À JUSTIÇA

Alguns liames básicos devem ser estabelecidos, uma vez fixado que é direito fundamental exigir-se do nosso Estado Democrático de Direito o exercício da função social da propriedade. O processo civil nasceu sob a intenção básica de reger relações entre particulares¹¹. As razões que

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

¹⁰ Ainda em 1998, escreveu-se: “As recentes manifestações populares tendentes a implementar, na prática, a mensagem do Constituinte no que concerne à justa distribuição da terra, realizadas de maneira organizada, através do chamado Movimento dos Sem Terra – MST, forçaram o governo federal a sair de sua inércia habitual e tentar solucionar, com rapidez, o problema, cada vez mais inquietador” (NOBRE JR., Edilson Pereira. *Desapropriação para fins de reforma agrária*, p. 40)

¹¹ “O Código de Processo Civil foi pensado para a tutela dos interesses individuais (*direitos*

durante muito tempo informaram-no foram conflitos que surgiram, essencialmente, do descumprimento de obrigações da área do direito civil *stricto sensu* (obrigações, contratos, família, etc.). Assim é que sua ótica sempre foi de um processo em que não havia qualquer compromisso maior do que a solução das lides individuais, servindo, assim, como instrumento de pacificação para uns poucos, presente cada vez mais a partir do momento em que o Estado chamou para si essa responsabilidade.

Esse modelo clássico foi suficiente por muito tempo, sem que existissem maiores óbices. Porém, com o passar dos anos, o direito material foi propiciando uma nova feição que passou a dar guarida a dois nortes que alteraram substancialmente o processo civil: 1) a possibilidade de oposição do indivíduo ao Estado; 2) a utilização da cláusula do devido processo legal como instrumento de reconhecimento de novos direitos e controle dos atos estatais. Ressai em importância o que tais horizontes acarretaram no direito constitucional e, mais detidamente, no direito processual civil.

Desenvolveram-se matérias sensíveis a Estados ditos democráticos e que, por sua magnitude, passaram a se constituir em molas mestras de todas as constituições das nações que foram se modernizando. Isso propiciou o lastro para que também o direito processual civil passasse a se incrementar, aumentando o seu grau de cientificidade¹². De nada adiantaria o reconhecimento de direitos antes inusuais se a eles não fosse assegurada a forma de implementação. O processo civil, assim, tinha o encargo de comportar o progresso do direito material. Para tanto, ele atravessou três grandes fases evolutivas e metodológicas¹³. A primeira foi a fase do *processo como simples meio de exercício dos direitos* (a ação entendida como o próprio direito subjetivo material, sem autonomia entre a relação jurídica de direito

subjetivos), sobretudo os de caráter patrimonial. A titularidade do direito subjetivo irradiada no ordenamento processual pelo *princípio dispositivo* (pelo qual a *sorte do processo* está, em certa medida, entregue à *vontade das partes*), projetou o caráter eminentemente individualista do CPC. Esta compreensão está expressa, por exemplo, em regras como as dos artigos 6º (sobre a legitimação ordinária) e 472 (sobre os limites objetivos da coisa julgada material), cabendo ao titular do direito subjetivo o poder de fruir ou não dele, ou dele desistir, transacionar etc, não podendo os efeitos da decisão ultrapassar a pessoa dos litigantes” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 160, grifos do original).

¹² “Aliás, já notou a doutrina que as grandes matrizes do direito processual cada vez mais encontram-se disciplinadas em texto constitucional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 14).

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 48-51.

material e a relação jurídica processual). Seguiu-se a fase *autonomista* ou *conceitual* (que buscou por todos os meios estreimar a relação jurídica processual da material e na qual surgiram as grandes teorias sobre a ação e o processo). E, por fim, a fase *instrumentalista* (que, criticamente, analisa se o processo está atingindo efetividade e, de fato, pacificando).

Essa derradeira fase ainda não se ultimou. Em verdade, ela deve ser perene no atual direito processual porque é a própria essência do processo: pensar, criticar e agir sempre com o escopo de que ele, o processo, seja, de fato, instrumento para a realização do direito material¹⁴. Essa dimensão valorativa deve informar todos os protagonistas diretamente envolvidos: o legislador, os juízes, os membros do Ministério Público, os advogados e as partes. Cada um deles, divisando-se cada atuação pertinente, deve atuar o processo como componente estrutural da função jurisdicional que tem das maiores, senão a maior, responsabilidade, que é justamente a pacificação dos conflitos¹⁵. Ao legislador cabe propiciar as leis adequadas no campo processual, de forma a garantir efetividade na resolução dos conflitos. Aos juízes, a implementação de técnicas e deontologia visando dar fim aos conflitos, extraindo das normas jurídicas as melhores soluções¹⁶. Aos

¹⁴ “O pensamento instrumentalista, centro das atenções da doutrina processual nesta sua terceira fase e objeto central desta obra, expande-se agora para fora de si próprio e das colocações teóricas, buscando soluções práticas que o justifiquem e sejam capazes de legitimar o sistema processual neste mundo coletivista da atualidade. Tal é o *retorno à dogmática*, de que já se falou e que caracteriza o atual momento metodológico do direito processual. Que a consciência dos escopos do processo (escopo jurídico, escopos políticos e sobretudo os escopos sociais, sobrelevando o de pacificação social com justiça), mais o diagnóstico dos *momentos* da função jurisdicional em que se aglomeram os piores problemas e maiores solicitações de aperfeiçoamento, possam servir de legítimos pontos de partida de uma evolução realista e construtiva” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 307).

¹⁵ “Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à *efetividade do processo como meio de acesso à justiça*. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 51).

¹⁶ Interessante, a propósito, a crítica da Kazuo Watanabe: “10. Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, e muitas vezes com razão, de que o seu *merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas*, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a sua dedicação e à organização da comarca e sua participação em

membros do Ministério Público e advogados¹⁷, a utilização de regras de boa litigância, não transformando o processo em instrumento de má-fé e de temeridade e mostrando-se abertos às soluções consensuais. Por fim, as partes, ao buscarem a justiça somente quando esgotadas as formas extrajudiciais de solução de conflitos e contribuindo, no campo endoprocessual, com um padrão elementar ético.

Interessante trabalho¹⁸ estudou cerca de 70 (setenta) decisões do STF sobre a desapropriação. No que concerne àquelas vinculadas à reforma agrária, as conclusões foram: 1) a ação de desapropriação para fins de reforma agrária é considerada o maior instrumento de efetivação da função social da propriedade rural, por garantir o direito de acesso à terra (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2213-0/Distrito Federal, rel. Min. Celso de Mello, reconhecida a constitucionalidade de vistoria e de desapropriação de área rural invadida); 2) há uma preocupação quanto ao atendimento do devido processo legal, em sua acepção formal, que inibe a demonstração do atendimento da função social do imóvel, eis que muitas decisões reconheceram a nulidade do Decreto Presidencial de Desapropriação para fins de reforma agrária por falta de notificação pessoal e prévia do proprietário rural quanto à vistoria (MS 24307; MS 23949, MS 22164, MS 23032); 3) no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2213-0/Distrito Federal, em que se reconheceu a constitucionalidade de vistoria e de desapropriação de área rural invadida, é possível perceber quanto o tema é polêmico e como os componentes da Corte Maior divergem sobre a extensão da imunidade à desapropriação do imóvel rural produtivo, ora entendendo que a só-produtividade é suficiente

trabalhos comunitários.

11. Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes..." (*Cultura da sentença e cultura da pacificação*, p. 687).

¹⁷ "Advogar não pode ser e não é uma atividade neutra, descomprometida e desinteressada. Ela surge sempre na intermediação de conflitos. A mera atividade técnica, desapaixonada, é insuficiente para a defesa dos interesses em jogo.

Advocacia é militância; é também instrumento de construção e efetivação da cidadania. Exige, portanto, paixão e cumplicidade axiológica e ideológica com os interesses a serem defendidos, e também a consciência do comprometimento social que se impõe ao exercício dessa profissão no mundo contemporâneo." (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Advocacia: serviço público e função social*, p. 77).

¹⁸ JOCA, Priscylla. MATIAS, João Luis Nogueira. *A propriedade rural e o direito de acesso a terra, passim*.

a afastar a possibilidade de expropriação, ora entendendo necessário o cumprimento de sua função social para tanto¹⁹.

¹⁹ É a seguinte a redação do acórdão: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDADE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQÜENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “caput”). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são ineren-

No trecho do acórdão que mais importa ao presente, destaca-se:

tes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.

- Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA - O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA - A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar conseqüência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. O ESBULHO POSSESSÓRIO - MESMO TRATANDO-SE DE PROPRIEDADES ALEGADAMENTE IMPRODUTIVAS - CONSTITUI ATO REVESTIDO DE ILICITUDE JURÍDICA. - Revela-se contrária ao Direito, porque constitui atividade à margem da lei, sem qualquer vinculação ao sistema jurídico, a conduta daqueles que - particulares, movimentos ou organizações sociais - visam, pelo emprego arbitrário da força e pela ocupação ilícita de prédios públicos e de imóveis rurais, a constranger, de modo autoritário, o Poder Público a promover ações expropriatórias, para efeito de execução do programa de reforma agrária. - O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos, notadamente porque a Constituição da República - ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) - proclama que “ninguém será privado (...) de seus bens, sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). - O respeito à lei e à autoridade da Constituição da República representa condição indispensável e necessária ao exercício da liberdade e à prática responsável da cidadania, nada podendo legitimar a ruptura da ordem jurídica, quer por atuação de movimentos sociais (qualquer que seja o perfil ideológico que ostentem), quer por iniciativa do Estado, ainda que se trate da efetivação da reforma agrária, pois, mesmo esta, depende, para viabilizar-se constitucionalmente, da necessária observância dos princípios e diretrizes que estruturam o ordenamento positivo nacional. - O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). - Os atos configurado-

A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-

res de violação possessória, além de instaurarem situações impregnadas de inegável ilicitude civil e penal, traduzem hipóteses caracterizadoras de força maior, aptas, quando concretamente ocorrentes, a infirmar a própria eficácia da declaração expropriatória. Precedentes. O RESPEITO À LEI E A POSSIBILIDADE DE ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO (ATÉ MESMO PARA CONTESTAR A VALIDADE JURÍDICA DA PRÓPRIA LEI) CONSTITUEM VALORES ESSENCIAIS E NECESSÁRIOS À PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA. - A necessidade de respeito ao império da lei e a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional do Estado - que constituem valores essenciais em uma sociedade democrática, estruturada sob a égide do princípio da liberdade - devem representar o sopro inspirador da harmonia social, além de significar um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação derive do intuito deliberado de praticar gestos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis da República. RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBERAÇÃO, DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001. - Não é lícito ao Estado aceitar, passivamente, a imposição, por qualquer entidade ou movimento social organizado, de uma agenda político-social, quando caracterizada por práticas ilegítimas de invasão de propriedades rurais, em desafio inaceitável à integridade e à autoridade da ordem jurídica. - O Supremo Tribunal Federal não pode validar comportamentos ilícitos. Não deve chancelar, jurisdicionalmente, agressões inconstitucionais ao direito de propriedade e à posse de terceiros. Não pode considerar, nem deve reconhecer, por isso mesmo, invasões ilegais da propriedade alheia ou atos de esbulho possessório como instrumentos de legitimação da expropriação estatal de bens particulares, cuja submissão, a qualquer programa de reforma agrária, supõe, para regularmente efetivar-se, o estrito cumprimento das formas e dos requisitos previstos nas leis e na Constituição da República. - As prescrições constantes da MP 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como MP nº 2.183-56/2001, precisamente porque têm por finalidade neutralizar abusos e atos de violação possessória, praticados contra proprietários de imóveis rurais, não se mostram evadidas de inconstitucionalidade (ao menos em juízo de estrita deliberação), pois visam, em última análise, a resguardar a integridade de valores protegidos pela própria Constituição da República. O sistema constitucional não tolera a prática de atos, que, concretizadores de invasões fundiárias, culminam por gerar - considerada a própria ilicitude dessa conduta - grave situação de insegurança jurídica, de intranquilidade social e de instabilidade da ordem pública. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DEVER PROCESSUAL DE FUNDAMENTAR A IMPUGNAÇÃO. - O Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua atividade jurisdicional, não está condicionado às razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime, à parte, o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se, ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não conhecimento (total ou parcial) da ação direta, indicar as normas de referência - que, inscritas na Constituição da República, revestem-se, por isso mesmo, de parametricidade -, em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais. Precedentes (RTJ 179/35-37, v.g.)” (STF, Pleno, ADI 2213 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.04.2004, p. 07).

la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) *de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam*; (2) *de manter níveis satisfatórios de produtividade*; (3) *de assegurar a conservação dos recursos naturais*; e (4) *de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade*. (nossos os destaques).

O STF parece haver dito, ainda que, em juízo cautelar e, portanto, precário, que a propriedade será expropriada se atendidos os requisitos do art. 186 da Constituição Federal. Daí porque em alguns julgados posteriores (MS 23260, rel. Min. Sydney Sanches; MS 23073, rel. Min. Marco Aurélio), entendeu-se suficiente a obstar a desapropriação apenas a produtividade. Felizmente, outras decisões trilharam tese da necessária função social (MS 24488, rel. Min. Eros Grau; MS 24573, rel. Min. Gilmar Mendes; MS 21348, rel. Min. Celso de Mello).

Dito tudo isso para se chegar à conclusão que a realização efetiva dos direitos fundamentais passe pela concreção do acesso à ordem jurídica justa. É saber: *o Judiciário não pode deixar de aplicar a regra-matriz constitucional por ausência de enfrentamento explícito sobre a questão*. Conforme destacado, o STF não decidiu conclusivamente se a só produtividade da propriedade rural é suficiente a afastar a desapropriação para fins de reforma agrária ou, ao revés, se necessário que ela atenda plenamente ao canôn da função social, assim entendido sob os *standards* do art. 186 da Constituição, regulamentados pela Lei n. 8.629/93. Vem a pêlo o destaque:

A despeito do exposto reconhecimento, as decisões do STF não tem sido instrumento efetivo de concretização da função social da propriedade rural e do direito de acesso à terra²⁰. (...)

Mas uma questão não tem sido enfrentada com propriedade pela Corte Maior: deve ser mantida a imunidade de desapropriação ao imóvel produtivo, mesmo em caso de descumprimento de sua função

²⁰ JOCA, Priscylla. MATIAS, João Luis Nogueira. *A propriedade rural e o direito de acesso a terra*, p. 16.

social? O imóvel produtivo que descumpra a sua função social pode ser desapropriado?²¹

5. CONCLUSÕES

O princípio do acesso à justiça não se dá só sob a ótica formal, mas, principalmente, de acesso à ordem jurídica justa, à decisão mais adequada ao direito.

A propriedade só é tida como direito pleno desde que exercida em conformidade com outros valores realçados na própria constituição, de onde a Constituição Federal assegura a função social da propriedade.

O mais eficaz meio de realização da reforma agrária é a desapropriação.

Nada obstante, o STF vem entendendo em alguns julgados, embora ainda não tenha enfrentando a matéria decisivamente, que a simples produtividade do imóvel (art. 185, II da CF) é suficiente a obstar a desapropriação ao invés do cumprimento da função social (art. 186 da CF).

A fase *instrumentalista* do processo (que, criticamente, analisa se o processo está atingindo efetividade e, de fato, pacificando) está em andamento e institui o pensar, o criticar e o agir sempre com o escopo de que o processo seja, de fato, instrumento para a realização do direito material.

A realização efetiva dos direitos fundamentais passa pela concreção do acesso à ordem jurídica justa.

O Judiciário não pode deixar de aplicar a regra-matriz constitucional por ausência de enfrentamento explícito sobre a questão.

Toca ao STF decidir conclusivamente, levando em conta a decisão mais consentânea com o direito de propriedade e sua função social, se só a produtividade da propriedade rural é suficiente para afastar a desapropriação para fins de reforma agrária ou, ao revés, se necessário faz-se que ela atenda plenamente ao canôn da função social, assim entendido os *standards* do art. 186 da Constituição, regulamentados pela Lei n. 8.629/93.

²¹ JOCA, Priscylla. MATIAS, João Luis Nogueira. A propriedade rural e o direito de acesso a terra, p. 17-18.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Podivm, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAEF, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Dados do IBGE apontam que população do país cresce rumo ao interior*. Disponível em: «<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1146250-dados-do-ibge-apontam-que-populacao-do-pais-cresce-rumo-ao-interior.shtml>». Acesso: 10.09.2012.

JOCA, Priscylla. MATIAS, João Luis Nogueira. *A propriedade rural e o direito de acesso à terra*. Fortaleza, s.d., divulgado junto aos participantes do Curso “Judiciário, conflitos coletivos e movimentos sociais”, promovido pela ESMAFE/CE de 29 a 31 de agosto de 2012.

NOBRE JR., Edilson Pereira. *Desapropriação para fins de reforma agrária*. Curitiba: Juruá, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Advocacia: serviço público e função social. *In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (coord.); Fux, Luiz (coord.); NERY JR., Nelson (coord.). Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, 2006.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência.* 4ª. ed., São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In: MORAES, Maurício Zanoide (coord.); YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ Editora, 2005.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TRIBUTÁRIA: FUNÇÃO POLÍTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL?

Luciana de A. Macieira Bandeira

Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, assessora jurídica lotada na Seção Judiciária de Pernambuco.

Helio Ourem Campos

Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Juiz Federal. Professor Titular da Universidade Católica do Estado de Pernambuco.

Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Federal.

RESUMO: O estudo procurou identificar a função da Corte Constitucional Brasileira à luz do Direito Comparado, as características do controle de constitucionalidade brasileiro decorrente das convergências dos sistemas do *civil law* e do *common Law*, e como o S.T.F. utiliza a modulação de efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade quando se trata de incidência tributária. Foram realizados estudos de caso sobre a incidência da COFINS sobre sociedade de responsabilidade profissional e o *overruling* jurisprudencial no caso do creditamento do IPI decorrente de operações sob alíquota zero. Foi possível comprovar que a atuação do S.T.F. é de criação do direito, exercendo papel político relevante no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS- CHAVE: Corte Constitucional. Modulação da Inconstitucionalidade. Papel político na determinação do termo *a quo* da incidência tributária.

SUMÁRIO: Introdução: a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade tributária: função política da Corte Constitucional? 2. Da função política da Suprema Corte nas decisões de esfera tributária. 2.1 Composição e finalidade da Corte Constitucional - uma visão política ou político-partidária no trato da incidência tributária? 2.2 Do controle de constitucionalidade brasileiro à luz da Lei nº 9.868/99 e as influências do sistema Kelsiano. 2.2.1 Origem: Supremacia e Rigidez Constitucional. 2.2.2 O objeto da inconstitucionalidade: ação ou omissão do Estado. 2.2.3 As inovações trazidas pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99. 3. Dos efeitos da modulação na declaração de inconstitucionalidade na coisa julgada tributária (estudo de caso). 3.1 A revogação da isenção da COFINS sobre prestação de serviços de sociedades profissionais e as ações rescisórias com modulação de efeitos. 3.2 A mudança jurisprudencial do caso dos créditos presumidos do IPI nas operações sob a alíquota zero. 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A origem dos sistemas de controle de constitucionalidade da atualidade remontam aos modelos norte-americano e ao modelo europeu inspirado por Kelsen.

Em face da objetivação do controle concreto e da possibilidade de análise da realidade fática na modulação de efeitos do sistema abstrato, muito se tem discutido acerca de eventual convergência dos sistemas.

Há, também, doutrina que aponta para semelhanças e imbricações entre as duas tradições desde a sua origem e atribuem o fato às influências do pensamento kelseniano.

É incontestável que as ações de controle abstrato e concreto têm apresentado, ao longo da história, influências originárias da subjetivação da decisão judicial e do papel político da Corte Constitucional.

Trata-se do fenômeno denominado como concretização normativa do direito segundo a teoria de Friedrich Muller.

O presente *paper* objetiva demonstrar como o controle de constitucionalidade brasileiro traduz a realidade política do país, desmistificando a tecnicidade “pura” da decisão judicial.

O primeiro capítulo abordará a função da Corte Constitucional nos julgamentos de esfera tributária, fazendo um comparativo entre os Tribunais que exercem o controle de constitucionalidade em Portugal, na Alemanha e no Brasil. O segundo capítulo trará o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro com características das doutrinas do *civil law* e do *commom law*. O terceiro capítulo é destinado ao estudo de casos de

modulação de efeitos realizada pela Suprema Corte Federal Brasileira no tocante às relações jurídico-tributárias da tributação pela COFINS sobre as sociedades civis profissionais e o *overruling* no creditamento do IPI sobre operações sob alíquota zero.

Não se pretende, neste trabalho, esgotar o tema, mas tão somente lançar uma ideia desafiante de descortinar a subjetividade da decisão judicial de controle de constitucionalidade e suscitar a função política da Corte Constitucional no tocante às relações jurídico-tributárias.

2. DA FUNÇÃO POLÍTICA DA SUPREMA CORTE NAS DECISÕES DE ESFERA TRIBUTÁRIA.

2.1 OMPosição e FINALIDADE DA CORTE CONSTITUCIONAL – UMA VISÃO POLÍTICA OU POLÍTICO-PARTIDÁRIA NO TRATO DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA?

A Corte Constitucional, como órgão que avoca para si a competência exclusiva para tratar do controle de constitucionalidade, foi uma ideia criada por Kelsen e que influenciou a reforma da Constituição da Áustria e, em certa medida, a criação de Cortes Constitucionais na Europa.

A ideia de Kelsen surgiu com uma Corte que desempenhasse o papel de legislador negativo de forma a auxiliar e garantir a manutenção do poder do Parlamento. Deste modo, se a Corte Constitucional constataste uma inconstitucionalidade, já previa Kelsen o efeito prospectivo para que o Parlamento tivesse chance de editar nova lei antes mesmo da decisão judicial de inconstitucionalidade produzir efeito.

Em contrapartida, de acordo com a realidade histórica da Alemanha, o que se buscou, com a criação da Corte Constitucional, foi evitar arbitrariedades cometidas pela concentração de poder nas mãos do Parlamento. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal foi criado no intuito de se sobrepor ao Poder Legislativo e fazer valer a jurisdição constitucional.

A respeito, cite-se a função do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo Konrad Hesse:

“O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado Superior.”¹.

Sobre o princípio de divisão e equilíbrio dos poderes, Konrad Hesse tece críticas à redação da Lei Fundamental Alemã, pois ela não delimita suas características, e, ao contrário, em diversos dispositivos, afronta esse princípio democrático liberal². Contudo, Hesse atenta para o fato de que o Judiciário alemão, em verdade, se sobrepõe ao Legislativo e ao Executivo porque, inobstante não seja detentor “do poder político real”, exerce controle sobre os outros poderes pela força vinculante de suas decisões. Enquanto isso, inexistente previsão de controle sobre o Judiciário pelo Legislativo e Executivo, tampouco recíproco entre estes últimos. Concluiu, então, que se deve impor uma interpretação de divisão de poderes que, apesar de não trazida no texto da Lei fundamental, é dogma anterior à própria Constituição.

Ele esclarece que a Lei Fundamental divide os poderes tão somente quando trata das funções de “estabelecimento de direito, da execução e da jurisdição”. Segundo o autor, a jurisdição constitucional não se confunde com a política, até porque, segundo sua teoria, o Judiciário não exerce o papel de legislador positivo e, sim, desempenha o papel de conservador do direito.³

Hesse afirma que, apesar de as questões políticas permearem a Jurisdição Constitucional, não se trata de uma decisão política, não se afasta a natureza de decisão jurídica com seus limites de competência de conservação da própria Constituição. Mas, também, ele reconhece que o liame divisório fica tênue quando se trata de conceitos abertos e indeterminados. Essa é a teoria aceita e aplicada na Alemanha.

O autor reconhece que a politização da justiça no exercício da jurisdição

¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.422.

² Idem.Ibidem, p.366-367.

³ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.412/418.

constitucional, o que a distingue da jurisdição comum, na medida em que envolve temas de efeitos políticos de relevante alcance na sociedade. Contudo, sustenta que a Corte Constitucional Alemã deverá encontrar na racionalização a estabilidade de suas decisões⁴.

“O Tribunal Constitucional Federal pode, naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado superior. Essa situação de fato fundamenta tanto o status especial do Tribunal Constitucional Federal como a configuração especial de seu procedimento.”⁵.

Hesse⁶ aduz que não pode o Judiciário dispor de um autocontrole de suas decisões, o que equivaleria ao *self-restraint*. Os limites das decisões estão na sua competência de conservação da Constituição. Se esta for por demais genérica, menor será a atuação do Judiciário que jamais poderá intervir na razoabilidade, conveniência ou justiça das normas originadas pelo Legislativo, este, sim, é que detém ampla atividade conformadora na edição de leis.

Os limites são invariáveis e não rígidos, dependem das características da competência, organização e procedimento do tribunal⁷. (p.424).

Ainda sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional Alemã, cite-se que é a lei processual que determina a sua retroação, mas não há interferência nas relações constituídas até que sobrevenha decisão nova neste sentido.

Cite-se trecho da palestra de Friedrich Muller intitulada “o Significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’⁸ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão”.

⁴ Idem. Ibidem, p.421-422.

⁵ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.422.

⁶ Idem.Ibidem, p.425.

⁷ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre:1998, p.424.

⁸ MULLER, Friedrich. O Significado Teórico de Constitucionalidade/Inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>. Acesso em 20/12/2012.

em evento promovido pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro em 19/09/2002, traduzida por Peter Naumann:

“Se o Tribunal Constitucional federal opina que a lei examinada viola um direito hierarquicamente superior, ele declara a nulidade (§78 inc.1 do BVerfGG). Essa decisão tem força de lei e produz, em princípio, efeito retroativo (*ex tunc*): todas as sentenças judiciais, decretos-leis e portarias administrativas que no passado foram promulgadas com base na norma nula não possuem mais nenhum fundamento jurídico. O mesmo vale até para eleições realizadas com base em uma lei eleitoral posteriormente sancionada. Só que isso não significa que todos esses atos jurídicos se tornem inválidos *ex post facto*. O que deve acontecer com eles rege-se segundo o direito processual ou procedimental da matéria jurídica afetada.. de resto, continuam vigentes se ninguém inicia uma ação ou toma outra medida judicial qualquer.

(...)

A corte extraiu até do §79 um ‘princípio jurídico universal’, no sentido de ‘que uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma prescrição, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado.”

Ao contrário da teoria da Corte Constitucional Alemã, a Corte Constitucional Portuguesa é flagrantemente um órgão político que, além do controle de constitucionalidade, decide questões governamentais referentes a eleições etc. Sua composição se dá por escolha de membro detentores de mandato, que são eleitos pelo Parlamento que estiver no poder na ocasião, sendo apenas a sua minoria oriunda da magistratura de carreira.

Esse papel político da Jurisdição Constitucional já foi constatado por pesquisa realizada nas decisões proferidas pela Corte Constitucional de Portugal entre os anos de 1983 a 2007, pesquisa publicada em artigo intitulado *Independência Judicial e Grupos Políticos nas Cortes Constitucionais Kelsenianas: O caso de Portugal*.” Essa pesquisa concluiu que existe uma proporcão entre as decisões de inconstitucionalidade e

os grupos políticos que indicaram os magistrados para a composição da Corte⁹. Os índices obtidos demonstram que há reflexo direto das linhas partidárias que nomearam os ministros nas respectivas decisões.

Sobre a doutrina portuguesa, vale a pena trazer a lume a orientação de Jorge Miranda, para quem a Jurisdição Constitucional é intrinsecamente política, e vai além da tecnicidade inerente ao magistrado de carreira, pois envolve as consequências decorrentes da invalidação da norma nas esferas econômicas, sociais, culturais, financeiras, que extrapolam o limite do jurídico. Segundo essa doutrina:

“O que, todavia, distingue o *acto* praticado pelo tribunal do *acto* praticado pelo órgão político está em que o tribunal somente obedece (deve obedecer) a motivações de índole jurídica e o órgão político age (pode agir) de acordo com critérios extrajurídicos. Logo nunca a aplicação da norma constitucional pelo órgão político de garantia reveste o caráter de sucedâneo do primitivo *acto* normativo, que deveria ser constitucional, como se dá com a aplicação pelo órgão jurisdicional; somente o *acto* de garantia jurisdicional comporta um automatismo jurídico de correção, o Direito violado a restituir-se à sua integridade.”¹⁰.

Na realidade brasileira, a competência do Supremo Tribunal Federal é definida por disposição constitucional constante no art. 102.

Em relação ao controle de constitucionalidade, o inciso I, “a” do mencionado artigo dispõe que cabe ao S.T.F. “processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

A competência de “julgar” dada ao Poder Judiciário pela C.F./88 é parcela da soberania estatal decorrente do sistema tripartite de divisão dos

⁹ GREMBI, Veronica *et al.* *Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal*. Arquivo em : http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=1156281. Acesso em 04 de abril de 2012.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996,p.229/230

poderes por ela adotado. Mais especificamente, a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações abstratas de inconstitucionalidade decorre do controle recíproco (*“checks and balances”*) estabelecido entre os poderes estatais, para manter a harmonia entre eles e evitar abusos de poder e arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais.

O julgamento nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) restringem-se ao posicionamento declaratório final do Tribunal a respeito da constitucionalidade ou não do ato normativo questionado em juízo. É a interpretação deduzida da redação do art.97 juntamente com os parágrafos 2º e 3º do art.103 da C.F./88, que usam o termo “declaração” relativamente ao julgamento daquelas ações¹¹.

Verifica-se que, todas as vezes que a Lei Maior se referiu ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, o fez sempre tratando de uma **declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade**. Ainda, definiu no §3º do art.103 que, na ação de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal apreciaria o instituto da “inconstitucionalidade” em si e não seus efeitos.

Acresce-se, ainda, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade encontram-se no bojo da C.F./88, ao estabelecer a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo S.T.F. nas ações declaratórias de constitucionalidade (§2º do art.102), bem como o efeito meramente informativo da declaração de inconstitucionalidade por omissão (§2º do art.103).

Deste modo, se fosse da vontade do Poder constituinte que a competência do S.T.F. para julgar ações de constitucionalidade se estendesse à definição dos efeitos dessa decisão, tê-lo-ia feito expressamente e não tomado para si o encargo.

Analisando o art. 27, à luz desses esclarecimentos, chega-se à conclusão de que a lei nº9.868/99, da qual faz parte, disciplinou matéria de competência

¹¹ Uma vez que a redação do art. 97 encontra-se na nota de rodapé nº40, transcrevo a seguir respectivamente os parágrafos 2º e 3º do art. 103: **“Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”; “Quando o Supremo Tribunal Federal **apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo**, citará, previamente, o advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.” (grifo nosso).

constitucional, concedendo poderes ao Supremo Tribunal Federal não previstos na Carta Magna, ampliando sua competência de julgamento.

As normas e princípios constitucionais que regem o Direito pátrio, base de parâmetro de lei ou ato normativo submetido a controle de constitucionalidade, constituem-se como responsáveis pela fixação dos efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade, determinando como se procederá sua eficácia, se *ex nunc*, *ex tunc*, ou *pro futuro*.

Assim, para que uma lei inconstitucional tenha sua validade e eficácia reconhecidas por determinado período, possibilitando até a aplicação superveniente de lei inconstitucional, é preciso que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais seja derogado por outro princípio ou norma de igual hierarquia.

Conclui-se, portanto, que a faculdade prevista pelo art. 27, para que o S.T.F. imponha restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caracteriza-se como inclusão na seara constitucional brasileira de uma função político-discricionária da Corte. Deste modo, percebe-se que o Brasil tem criado ferramentas que aproximam o Supremo Tribunal ao modelo de Corte Constitucional proposto por Kelsen. Contudo, com poderes que remontam ao ativismo judicial e vai além do legislador negativo por ele idealizado.

Percebe-se, portanto, uma tendência do sistema constitucional brasileiro de aproximar o STF à Corte Constitucional Política portuguesa, sendo necessária uma análise minuciosa do sistema processual, hoje vigente, que disciplina os efeitos vinculantes dos precedentes constitucionais proferidos pelo STF para a atuação judicante como um todo.

2.2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DA LEI Nº9868/99 E AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA KELSENIANO.

2.2.1 ORIGEM: SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

O princípio da supremacia constitucional decorre da hierarquia das normas já defendida por Kelsen, em que a “lei fundamental” seria pressuposto de validade das demais leis, situando-se no ápice da pirâmide. Daí, entendeu-se que todos os atos normativos que contrariassem a Carta Magna de um Estado seriam tidos por inconstitucionais.

O princípio da supremacia, regulamentado positivamente, pela primeira vez, na Constituição Norte - Americana de 1787, decorreu simplesmente do próprio caráter rígido da Magna Carta, que impediria qualquer mutação ou revogação de seu texto por leis ordinárias. Na prática, a relevância desse princípio teria emergido não de disposições legais, e, sim, da jurisprudência americana, por meio da qual o juiz Marshal proferiu seu voto no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, sustentando a supremacia da norma constitucional em detrimento da lei infraconstitucional, sendo esta última julgada insubsistente, reconhecendo o poder-dever do Judiciário em negar a aplicação das leis inconstitucionais¹².

Surge, então, a ideia de inconstitucionalidade diferenciada daquela de mera ilegalidade, que apenas contraria reflexamente o princípio da hierarquia das leis e não a própria Constituição Federal¹³.

Inicialmente, definiu-se por inconstitucional a lei “incompatível ou inconciliável”, total ou parcialmente, com a Constituição Federal¹⁴. A inconstitucionalidade seria o “conceito de relação”, de caráter normativo e valorativo, entre a Constituição e um ato a ela contraveniente, correspondente a uma ação ou omissão de um dos três órgãos do Estado, descumprindo a norma jurídica prevalecente¹⁵.

A partir de então, emergiram dúvidas e discussões quanto à configuração ou não de inconstitucionalidade quando a incompatibilidade de lei se apresentasse face ao espírito da Constituição, sem que houvesse dispositivo expreso sobre o assunto.

A esse respeito, concluiu Lúcio Bittencourt¹⁶ que, ao buscar o verdadeiro

¹² Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p.46-47.

¹³ Ernani Fidélis dos Santos. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. *Revista dos Tribunais*, ano 79, vol.661, novembro de 1990, p.28.

¹⁴ C. A. Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.53.

¹⁵ Jorge Miranda *apud* Christina Aires Correa Lima. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.186-187.

¹⁶ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.54-55.

sentido da norma constitucional, analisando seu “espírito”, poder-se-ia entender que determinado dispositivo legal é inconstitucional. Mas, seria duvidoso fazê-lo se inexistisse norma constitucional expressa, supostamente violada, que tratasse da matéria.

Nos Estados Unidos da América, a inconstitucionalidade apareceu como sinônimo de nulidade. A lei ou ato inconstitucional seria inválido, e, portanto, teria seus efeitos cancelados, tornando-se também ineficaz¹⁷.

Todavia, como aponta o artigo intitulado “Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder”¹⁸, já na origem do controle difuso norte-americano, se vislumbrava a possibilidade de modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade a depender das consequências políticas e econômicas. Segundo essa pesquisa, contemporaneamente ao caso paradigma *Marbury versus Madison*, existiram outros precedentes nos quais a inconstitucionalidade foi declarada pelo mesmo juiz Marshal com efeito prospectivo. No Brasil, adotou-se parte do sistema difuso norte-americano (com exceção do *stare decisis*) pela Constituição pátria de 1890. Mas foi o insigne jurista Rui Barbosa que introduziu e consolidou a interpretação do conceito de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico como sinônimo de nulidade.

Em defesa da estabilidade das patentes militares, e da inamovibilidade das funções civis de caráter vitalício, garantidos pela Constituição e violados pelo Poder Executivo, Rui Barbosa sustentou, pela primeira vez no Brasil, que “atos inconstitucionais são atos nulos, de que atos nulos não surtem resultado legal”¹⁹.

Para ele, “toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional”, e acrescenta “toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”²⁰.

¹⁷ Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p.115-116.

¹⁸ CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. Separata da Revista O Direito. Ano 142, V.Almedina, 2010, p.889-1003.

¹⁹ Rui Barbosa. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. In: Obras Seletas de Rui Barbosa, Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26.

²⁰ Rui Barbosa. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. In: Obras Seletas de Rui Barbosa, Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.46 e 50.

Complementa essa visão, a posição de Orlando Bitar²¹ que coloca a nulidade como sanção em potencial que qualifica o ato como inconstitucional e dele faz parte.

Dito entendimento foi consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias, unanimemente, até que, com a adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, admitindo-se, também, o modelo abstrato austríaco. Mais tarde, sob influência do sistema alemão, essa visão foi sofrendo alterações para se adequar aos casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a “importação” desse sistema abstrato, a doutrina da nulidade *ex tunc* foi sendo atenuada pelas decisões jurisprudenciais. Como exemplo, destaca-se a criação do “funcionário de fato”, no RE 78.594, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, reconhecendo a validade da designação de oficial de justiça com base em lei estadual declarada inconstitucional²².

Percebe-se, aí, a atuação da Corte Constitucional como aquela que decidirá além do positivismo legalista que tão somente aplica a norma, e, a partir de critérios políticos, econômicos, sociais, julga a constitucionalidade e modula seus efeitos para o futuro, preservando relações jurídicas constituídas sob a égide da norma tida como inconstitucional.

Ainda, polêmica de maior monta decorreu das decisões do STF nos recursos extraordinários nº105.789 e nº122.202, nos quais, respectivamente, os ministros relatores, Carlos Madeira e Francisco Rezek, defenderam o princípio da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados contra a nulidade da lei declarada inconstitucional que instituiu seu aumento, sendo este último mantido²³.

²¹ Acrescenta Orlando Bitar: “constitucional será o ato que não incorrer em sanção de nulidade por ter sido criado por *autoridade constitucionalmente competente e sob a forma* que a Constituição prescreve para sua perfeita integração. Inconstitucional será o ato que incorrer nessa sanção precisamente porque assumiu características antinômicas do ato constitucional: incompetência e preterição de forma”. Orlando Bitar. *A lei e a constituição*. In: Obras completas, vol.2. Brasília: Conselho federal de cultura e departamento de assuntos culturais, 1978, p.39.

²² Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.279-280.

²³ LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.199.

Aberto o precedente, seguiram-se reiteradas decisões da Corte Suprema no mesmo sentido, dando ensejo ao crescimento de uma nova concepção pátria de “inconstitucionalidade”, excepcionada com base na teoria da anulabilidade, enunciada por Kelsen como regra²⁴.

Um dos precursores na defesa da tese alemã Kelseniana, no Brasil, foi Gilmar Ferreira Mendes, com a proposta contida no projeto de lei nº2.960/97, que faculta ao STF a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive possibilitando seus efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, a fim de reconhecer eficácia e validade a determinada lei inconstitucional, afastando o princípio da nulidade, por razões de “segurança jurídica ou excepcional interesse social”²⁵.

Deste modo, o conceito de inconstitucionalidade apresentar-se-ia dissociado do de nulidade, constituindo este último, juntamente com a anulabilidade, em efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade. Tais institutos de invalidação do ato estariam situados fora do conceito de inconstitucionalidade, possibilitando a declaração desta sem a pronúncia de nulidade. Neste caso, a sanção inerente à inconstitucionalidade consistiria na sua mera retirada do ordenamento jurídico²⁶.

Dita tese foi recepcionada, em nosso ordenamento jurídico, pelo art. 27 da Lei nº 9868/99²⁷, originária do projeto supramencionado, sob o fundamento de que “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a

²⁴ Para Hans Kelsen, a lei inconstitucional é válida e anulável e nunca nula, tendo em vista a impossibilidade de existir nulidade dentro da ordem jurídica. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de lei teria caráter constitutivo e consistiria na revogação daquela. (Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.306-307.).

²⁵ Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.265.

²⁶ LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, nº27, abr/jun, 1999, p.188-189.

²⁷ Dispõe o art. 27 da Lei nº9868/99 : “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”.

constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.²⁸

Conclui-se, portanto, que, no Brasil, o conceito de inconstitucionalidade consiste na ação ou omissão do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário), por meio de atos normativos²⁹ ou da ausência deles, infringindo preceitos constitucionais, gerando efeitos de nulidade ou anulabilidade por declaração judicial.

Diante dessa assertiva, mister se faz analisar os elementos do instituto da inconstitucionalidade a fim de melhor compreender sua abrangência.

2.2.2. O OBJETO DA INCONSTITUCIONALIDADE: AÇÃO OU OMISSÃO DO ESTADO.

Como esclarecido no item anterior, a inconstitucionalidade se apresenta por “ação ou omissão dos órgãos do Poder Público”, em desobediência à Constituição.

Qualquer ato administrativo, legislativo ou jurisdicional, oriundos dos três órgãos que compõem o Estado, poderá ferir determinações constitucionais e, portanto, se revestirem de inconstitucionalidade.

Essa característica é típica decorrência da supremacia constitucional, sendo encontrada em todos os meios de controle constitucional existentes no Direito Comparado.

Todavia, o objeto peculiar de fiscalização constitucional refere-se à omissão no exercício das funções estatais. O controle de constitucionalidade sobre a “omissão inconstitucional” é raro, apresentando-se pelo menos em dois sistemas: o português e o brasileiro.

Omissão, aqui significaria a desobediência à obrigação constitucional de se fazer algo no caso concreto, caracterizando-se uma lacuna inconstitucional³⁰. Trata-se, *in casu*, de violação a preceito constitucional determinado, norma individualizada³¹, que dependa de regulamentação.

²⁸ Gilmar Ferreira Mendes. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.265.

²⁹ Quanto ao Judiciário, considera-se, aqui, a sentença ou acórdão como lei entre as partes.

³⁰ J.J. Gomes Canotilho *apud* Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.52.

³¹ Regina Maria Nery Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª edição

Em Portugal, admite-se a omissão tão somente do Poder Legislativo, na elaboração de “medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”³². Constatada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, comunica-se ao Legislativo (art.283, °II da Magna Carta portuguesa) para que tome as providências cabíveis. Para Canotilho, trata-se de um verdadeiro “limite material de revisão”³³.

Na proteção constitucional contra possíveis omissões, o Brasil sobressai com grande avanço, ao admitir omissões inconstitucionais em qualquer função do Poder Público (art. 103 da C.F./88).

Na função legislativa, ocorre a omissão inconstitucional quando o legislador, obrigado positivamente pela Constituição, não integra as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, deixando de elaborar as leis imprescindíveis para fazer valer as disposições da Carta Magna, ou ainda, quando não cumpre outros atos exigidos pela Lei Máxima, como por exemplo, deixar de exercer atos de fiscalização, atos de julgamento e atos de autorização, de aprovação e de fixação, nos termos dos arts. 49, X, 70, 86 e 49 da C.F./88.

Quanto à função administrativa, o Executivo é omissor quando deixa de cumprir sua competência constitucional em expedir regulamentos de executoriedade de leis integrativas, ou mesmo fique inerte em desobediência à imposição expressa da Constituição.

O Judiciário comete omissão inconstitucional com a “denegação da justiça”, inatividade do próprio S.T.F. como guardião da própria Lei Maior³⁴, por exemplo.

Assim, nota-se que a ação ou omissão inconstitucional desrespeita a Magna Carta de diversas formas e modalidades, a depender da extensão da inconstitucionalidade, além do conteúdo, tipo (normas ou princípios) e da forma que apresenta o preceito constitucional infringido (expresso ou implícito). Por conseguinte, foi dedicado um subitem exclusivo para identificação de algumas espécies de inconstitucionalidade admitidas pelo sistema brasileiro.

revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.224.

³² Art. 283, °I da Constituição portuguesa, transcrito em Gilmar Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.57.

³³ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.979.

³⁴ FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.219-225.

2.2.3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 27 DA LEI Nº 9868/99.

Com o advento da Lei nº 9868/99, o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade sofreram algumas modificações.

Dentre as diversas alterações, destaca-se o surpreendente texto contido no art.27, que revolucionou o controle abstrato de constitucionalidade, no Brasil, quebrando o dogma do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Dispõe o mencionado dispositivo: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Deste modo, fica facultado ao Supremo Tribunal Federal, por razões de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ADIN ou ADC, determinando o início de sua eficácia.

Contudo, o legislador pátrio não esclareceu exatamente o alcance dos termos: “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, deixando para a doutrina e jurisprudência a sua delimitação.

Ademais, quanto aos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade pelo S.T.F., permitiu o legislador não só o efeito *ex nunc*, decorrente da teoria da anulabilidade defendida por Hans Kelsen e adotada pelos sistemas de controle austríaco e alemão, como também o efeito *pro futuro*, admitindo a eficácia por tempo ilimitado de um ato normativo considerado inconstitucional pela própria Corte Suprema.

Quanto ao “*quorum*”, exigido para a determinação desses efeitos, o referido dispositivo legal refere-se à maioria qualificada de apenas dois terços dos membros do Tribunal, contraditoriamente à exigência constitucional da maioria absoluta de seus membros para a própria declaração da inconstitucionalidade, conforme previsto expressamente no art. 97 da Carta Magna.

O instituto da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade foi desenvolvido pela Corte constitucional alemã, sendo

disciplinado no § 31, (2), 2º e 3º períodos e §79, (1) de sua lei jurisprudencial.

Na verdade, tais disposições legais não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina alemã e controvérsias quanto a sua aplicabilidade³⁵.

O fundamento jurisprudencial alemão para a criação dessa técnica processual teve seu ponto de partida nas seguintes problemáticas jurídicas: “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, omissão legislativa e “liberdade de conformação do legislador”³⁶.

A primeira situação se verifica quando, devido à omissão parcial, ou exclusão expressa por parte do legislador, é concedido benefício a um grupo, sem estendê-lo a determinado seguimento, em infringência ao princípio da isonomia³⁷. Na verdade, *in casu*, sendo de direito a aferição da vantagem legal, não surtiria eficácia alguma a declaração de nulidade da norma, que acarretaria efeitos negativos sobre os beneficiados, que também restariam desprovidos de proteção. A melhor solução para o caso em comento seria a inserção dos indivíduos discriminados no grupo de direito, mediante edição de uma nova regra pelo Poder legisferante, e não a supressão do benefício.

Também cabe ao Legislativo a responsabilidade de legislar para a cessação de uma eventual omissão inconstitucional total, traduzida na existência de uma lacuna jurídica decorrente da ausência de complementação do complexo normativo.

O obstáculo que poderia existir à edição dessas leis de restabelecimento da constitucionalidade do ordenamento jurídico, seria a liberdade de conformação do legislador em decidir, discricionariamente, sobre o exercício de sua função legislativa.

A fim de solucionar o referido problema, a declaração de

³⁵ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.

³⁶ Idem. Ibidem, p.66-70.

³⁷ A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.57-58.

inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade recomenda e obriga o legislador a providenciar todas as medidas necessárias, inclusive editar novas leis, para a cessação do “estado de inconstitucionalidade”, não permitindo que a discricionariedade legislativa legitime a conservação de uma norma inconstitucional. Essa força impositiva decorre da Constituição alemã, que preceitua a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais (art.1º, III) e aos princípios nela estabelecidos para a garantia do Estado de Direito (art. 20) ³⁸.

Conclui-se que a inaplicabilidade do princípio da nulidade, nos casos de omissão, por si só, não é eficaz, porque a inconstitucionalidade permaneceria, se a sua declaração não significasse também uma ordem ao legislador para agir prontamente no restabelecimento da constitucionalidade, por “colmatação de eventual lacuna” ou supressão do termo de exclusão³⁹.

É notório, portanto, que a funcionabilidade do sistema de controle de constitucionalidade alemão apresenta-se na sua completude com o estabelecimento de uma relação de obediência do órgão estatal infrator à ordem concedida por decisão judicial.

No Brasil, a C.F./88⁴⁰ expressamente proíbe a sobreposição dos Poderes estatais em uma relação de obediência, determinando que o único efeito da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão seria informar ao órgão infrator da decisão.

Tendo em vista que a ordem constitucional brasileira só pode ser revogada por emenda, a efetividade perquirida pela Lei nº 9868/99, com a aplicação do controle alemão de constitucionalidade no sistema pátrio, restou prejudicada devido à impossibilidade de aplicação do dever imediato de legislar.

Além disso, denota-se, do texto contido no art. 27 daquela lei, que o legislador brasileiro foi além da imaginação de seu antecessor alemão, e, sem justificação plausível, “importou” um sistema estrangeiro de

³⁸ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p. 64.

³⁹ Gilmar Ferreira Mendes. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, nº183, jan/jun 1994, p.59-60.

⁴⁰ Preceitua o art. 103, §2º da C.F./88: “...será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”

controle de constitucionalidade mutilado, e o aplicou para toda e qualquer declaração abstrata de inconstitucionalidade, não só para os casos de omissão legislativa, criando uma aberração jurídica.

Em relação aos efeitos civis da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o § 31, nº 1 e 2 da Lei da Corte constitucional alemã impõe força de lei e efeito vinculante “*erga omnes*” às decisões do Tribunal, inclusive em controle de constitucionalidade, devendo ser obedecidas por todos⁴¹.

Daí decorre, também, o dever de legislar, anteriormente mencionado, que deverá respeitar os limites da irretroatividade aos atos do Poder Público, cuja impugnação tenha precluído.

Inexistindo previsão legal a respeito, a jurisprudência alemã firmou entendimento de que, após a declaração de inconstitucionalidade de lei sem a pronúncia de sua nulidade, o ato normativo inconstitucional não poderia mais ser aplicado por nenhum dos órgãos estatais, salvo se dessa não-aplicação resultasse “vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional”⁴².

De acordo com essa assertiva, conclui-se que, na Alemanha, a autorização para a aplicação superveniente de lei inconstitucional, provisoriamente, até a edição da nova legislação, tem que ser prevista por princípio constitucional de igual hierarquia ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Quanto ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o art.27 da Lei nº 9868/99, prevê, por razões de “segurança jurídica e excepcional interesse social”, a determinação discricionária pelo S.T.F. dos efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que inexistente, no ordenamento jurídico pátrio, definição precisa limítrofe aos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, o que ensejaria o perigo de, na prática, serem fundados em qualquer assertiva que possa supostamente legitimar as restrições ao princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Ademais, basta a constatação da suposta presença dos referidos fundamentos permissivos para que seja concedida a faculdade aos ministros da Suprema Corte para decidir, “discricionariamente”, quanto à aplicabilidade superveniente da norma inconstitucional.

⁴¹ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.73.

⁴² Idem. *Ibidem*, p.72.

O perigo e a insegurança que poderiam emergir da redação desse dispositivo legal foram previstos pelo próprio Gilmar Mendes que, sob a responsabilidade da elaboração de seu texto, reconheceu a possibilidade tendenciosa da “discrecionalidade da sanção”⁴³.

Outrossim, o que tem ocorrido, na prática forense, é que os Tribunais Regionais Federais têm aplicado a “modulação dos efeitos da inconstitucionalidade”, sobretudo em situações de ação rescisória motivada por posterior pronunciamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pela Suprema Corte.

Resta saber se, neste caso, se trataria de modulação de efeitos em usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ou se seria o exercício do juízo de proporcionalidade e de razoabilidade autorizado a todas as instâncias do Judiciário.

Com base em uma análise em reclamações e medidas cautelares propostas perante a Corte Constitucional Brasileira no tocante à incidência da COFINS sobre sociedades de prestação de serviços sob responsabilidade pessoal, foi possível verificar uma mudança de paradigma.

Há precedentes jurisprudenciais que sustentam que os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do Pleno do STF justificariam a pronta relativização e inexigibilidade da coisa julgada. (RCL 6917 MC/PE, julgamento em 09/12/2008, relator: Ministro Joaquim Barbosa; AC 3233 MC / DF, Ministro Marco Aurélio, DJE 23/11/2012)

Em contrapartida, outros pedidos de liminar em reclamações têm sido indeferidos, sob o fundamento de que o Judiciário não estaria usurpando a competência constitucional do Supremo ao dispor sobre os efeitos prospectivos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, e de que não cabe reclamação em face de decisão transitada em julgado, e que qualquer tribunal em controle difuso pode efetuar o *prospective overruling* (Rcl nº11476/CE, julgamento em 07/10/08; RCL nº14789/SC, julgamento em 09/11/2012; voto vista no RE nº594477, julgamento em 9/2/2010; RCL 11476/MC/CE, relator: Ministro Luiz Fux, DJE 11/11/2011).

Ao que parece, a Corte Suprema retomou o entendimento alemão defendido por Friedrich Müller, no qual compete à Corte Constitucional

⁴³ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.80.

decidir na esfera normativa, competindo ao particular propor a ação individual de desconstituição das relações jurídicas.

Nesse caso, compete ao Judiciário, em suas instâncias ordinárias, dispor sobre a prevalência da segurança jurídica em detrimento dos efeitos normativos modulados pela Corte Constitucional.

Sob essa interpretação, seria permitido às Corte Regionais Federais dispor sobre efeitos prospectos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, sem que estivesse, *in casu*, usurpando a competência do STF.

No *prospective overruling*, a atribuição de efeito prospectivo à revogação do precedente afasta a regra geral de retroatividade do *overruling*, em prol da confiança justificada no precedente anterior. Neste caso, o membro do tribunal terá que fundamentar: 1) alteração da realidade social; 2) modificação dos valores; 3) evolução da tecnologia; 4) alternância da concepção geral do direito.

Marinoni⁴⁴ equipara a revogação de decisão de inconstitucionalidade a superação de precedente, ao concluir que há identidade nos motivos para a sua ocorrência (“a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão.”) e que no controle abstrato de constitucionalidade, “a coisa julgada material proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e não segurança jurídica às partes.”(...) “Nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a alguma parte.”

Para o autor, portanto, o limite de revogação de decisão de (in) constitucionalidade em controle abstrato é o eventual prejuízo à previsibilidade⁴⁵, o que se resolve pela modulação de efeitos.

A respeito, complementa Misabel Derzi⁴⁶, que os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, sobretudo quando traduzem mudança nos precedentes vinculantes (*overruling*), integram as limitações ao poder de tributar, tendo acrescentado:

“Sempre nos pareceu duvidoso que o Poder Judiciário, como instituição humana, nem superior ou inferior ao Poder Legislativo, em certas circunstâncias não

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.300.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010, p.301.

⁴⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2009, p.XXII.

pudesse sofrer as limitações do tempo. As modificações jurisprudenciais configuram exatamente o fato que desencadeia tal limitação, fundamentada pelos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.”.

Diante dos argumentos explanados neste capítulo, torna-se imprescindível a análise da vinculatividade dos precedentes no ordenamento jurídico processual brasileiro, e a possibilidade das Cortes Regionais realizarem *overruling*.

Para a real compreensão de como o Judiciário brasileiro lida com a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade tributária, passa-se ao estudo de casos no capítulo seguinte.

3. DOS EFEITOS DA MODULAÇÃO NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA (ESTUDO DE CASO).

3.1 A REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DA COFINS SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SOCIEDADES PROFISSIONAIS E AS AÇÕES RESCISÓRIAS COM MODULAÇÃO DE EFEITOS.

Como amostra estatística, para avaliar o perfil das decisões judiciais de constitucionalidade, foram analisados os precedentes prolatados pela Corte Suprema que instituíram novo paradigma decisório utilizado pelas Cortes Federais Regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Lei Complementar nº70/1991, previu, na redação originária do artigo 6º, inciso II, que “são isentas da contribuição as sociedades civis de que trata o art.1º do Decreto-lei nº2.397, de 21 de dezembro de 1987”.

Posteriormente, a lei ordinária nº 9.430/1996 trouxe, em seu art. 56, a revogação da aludida isenção.

A Corte Superior de Justiça, cuja competência, segundo a Constituição Federal, abrange a fixação de interpretação infraconstitucional prevalecente e vinculante aos demais órgãos judicantes, editou a súmula 276, reconhecendo a isenção das sociedades civis de prestação de serviços em relação à contribuição COFINS, independentemente do regime tributário de apuração, se lucro presumido ou lucro real.

Esse precedente jurisprudencial foi seguido incondicionalmente, mesmo após a tentativa do Poder Legislativo de revogação da isenção por

lei ordinária, porque se entendeu que a matéria era afeta exclusivamente à lei complementar.

Contudo, em setembro do ano de 2008, a Corte Suprema, competente para fixar interpretação constitucional vinculativa a todos os órgãos judicantes, proferiu decisão plenária nos autos do recurso extraordinário nº 377.457-3/PR, validando a revogação da isenção da COFINS por reconhecer a matéria de tributação de competência de lei ordinária.

Como consequência, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a súmula 276 por meio da decisão na ação rescisória nº 3.761/PR, prolatada pela Primeira Seção em novembro de 2008.

Foram inúmeras as decisões das Cortes Federais Regionais que apenas reproduziram o precedente do Supremo Tribunal Federal sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, sequer situações em que existiam a coisa julgada reconhecadora da isenção dos contribuintes.

É cediço que o sistema de controle de constitucionalidade pátrio é dotado de força vinculante e *erga omnes*, mas será que essa imposição de paradigma como melhor decisão em última instância sobre matéria constitucional seria a única válida, como defende a teoria de Dworkin? Ou será que é permitido ao magistrado diante das evidências, de sua subjetividade e das oportunidades possíveis exercer o poder criativo para afastar os efeitos desse precedente em determinado caso concreto?

Para testar as hipóteses supra, foram analisados, conforme banco de dados eletrônico dos sites oficiais do Poder Judiciário Federal, todos os acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, e pelos Tribunais Regionais Federais em ações rescisórias e, em data posterior, ao precedente vinculativo do Supremo Tribunal Federal (novembro de 2008).

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões, após o precedente da Corte Suprema, decidiram pela inexigibilidade dos acórdãos ainda que transitados em julgado antes da mudança de paradigma, e rescindiram integralmente as decisões anteriores de forma retroativa.

Ressalte-se a visão extremamente legalista dos precedentes supra que tão somente se eximiram de emitir um juízo próprio de valor já que o precedente da Corte Suprema não envolvia o instituto da coisa julgada, nem tão pouco a segurança jurídica e a boa fé dos contribuintes surpreendidos com a mudança repentina de paradigma.

Nesse caso, os magistrados e desembargadores poderiam ter selecionado variações de decisões a partir de possibilidades previstas no próprio sistema, usando fundamentos positivados, tais como a prevalência da coisa julgada, a segurança jurídica, e a boa-fé do contribuinte.

Ao que parece, o comportamento de simples reprodução do precedente da Suprema Corte remonta à ideia de Dworkin, de que a única decisão correta e válida seria aquela prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, incumbindo a este a função judicante de um verdadeiro “Hércules”.

Mas não seria um caso complexo a situação dos contribuintes isentos da COFINS por decisão anterior transitada em julgado? Envolvem-se, aqui, discussões acerca de tensões de princípios e regras na qual poderia o magistrado utilizar seu poder criativo, ainda que limitado ao direito pré-existente, como defende a teoria da integridade do direito?

Note-se que, no caso em apreço, a retroatividade dos efeitos da decisão de constitucionalidade do STF e o cancelamento da súmula 276 do STJ significou um aumento significativo de receita para os cofres públicos, uma vez que todas as sociedades civis de prestação de serviços legalmente habilitadas passaram a ter tributadas pela COFINS o seu faturamento, retroativamente pelo período de 05 (cinco) anos.

Em contrapartida, caso fosse afastado o efeito do precedente decisório constitucional, a União deixaria de receber tal receita para incremento de seu orçamento, o que poderia causar insegurança a investidores do mercado estrangeiro.

Os outros 10% dos acórdãos pesquisados foram prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que inovou com o *prospective overruling* e levou em consideração peculiaridades do caso concreto, ponderando os efeitos vinculativos da decisão da Suprema Corte (AR5471/PE e AR 6025/CE).

Verificou-se, portanto, que fatores externos, indeterminados influenciaram a decisão dos desembargadores federais da quinta região e obviamente alteraram a sua subjetividade e a escolhas das oportunidades possíveis que integram o próprio direito reconhecido também nos princípios, sobretudo na proporcionalidade da medida judicial punitiva, da não surpresa para o contribuinte.

Nesse precedente, ficaram evidentes as implicações sociais que envolveram a tomada de decisão dos julgadores. É a influência determinante

do meio ambiente e das inclinações pessoais dos julgadores.

Mas, ao que parece, há divergências de interpretações deste mesmo direito que justificou validamente o precedente do Tribunal da 5ª Região.

Confirma-se, portanto, que a decisão jurídica como construção humana, nos remete a divergências interpretativas ora de natureza legalista e desinteressada, ora com conteúdo social e com particularidades subjetivas. Ora com alternativas solucionadoras, encontradas dentro do sistema, ora com interesses externos motivadores pela política, que inclusive define a composição da Corte Suprema de julgamento (ministros escolhidos presidente da República) e das Cortes Regionais Federais (desembargadores federais escolhidos pela presidência da República).

Nesse ponto, deve-se partir do caso concreto para saber qual a melhor decisão para aplicação do direito, e, ainda assim, a análise quanto a sua justiça dependerá do ponto de vista, dos interesses e desejos do observador-julgador e das pressões externas por ele sofridas.

3.2 A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO CASO DOS CRÉDITOS PRESUMIDOS DO IPI NAS OPERAÇÕES SOB A ALÍQUOTA ZERO.

Esse estudo de caso foi extraído da tese de Mizabel Derzi que discorre acerca da irretroatividade do *overruling* em matéria tributária.

Os dispositivos constitucionais reinterpretados de forma inovadora pela Corte Constitucional no Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC correspondem ao art.153, inciso IV, §3º, incisos I e II e art.150, §6º.

Havia entendimento jurisprudencial pacífico de que, diferentemente do ICMS, a não cumulatividade do IPI permitia o reconhecimento de créditos presumidos para as operações com isenção. Era uma prática anterior à Constituição Federal de 1988, mas que a União admitiu a sua extensão mesmo após a nova Carta Magna, estendendo o raciocínio para as operações isentas com PIS e COFINS, que detém uma não-cumulatividade infralegal.

Contudo, a tese do Fisco não aceitou a tese de creditamento nas hipóteses de operações com alíquota zero ou não tributadas, o que provocou a mudança do precedente vinculativo.

O próprio fundamento do voto do Ministro Eros Grau nos autos do Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC, traz a motivação nos valores econômicos e políticos envolvidos na lide:

“Ora, se o resultado desse pleito judicial é adverso ao agente econômico, evidentemente será ele responsável pelos efeitos desse resultado. Não é possível atribuímos ao Estado (*rectius*, à sociedade) essa responsabilidade. Fazê-lo, equivaleria a instituímos o capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro.”

Inicialmente, o Pleno do STF havia pacificado através dos recursos extraordinários nº212.484/RS, nº350.446/PR e nº353.668/PR que o creditamento do IPI pela aquisição de matérias-primas e insumos tanto ocorreria quando essas operações estivessem sob a alíquota zero quanto nas hipóteses de isenção, afastando a vedação constitucional que seria exclusiva do ICMS (art.155, §2º, II, a da C.F./88).

Posteriormente, o STF revogou o precedente anterior e, nos autos do Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC, concluíram que o princípio da não cumulatividade do IPI não autoriza o creditamento nas operações não tributadas ou sujeitas à alíquota zero.

Inobstante o novo precedente vinculativo ter rejeitado expressamente a modulação de efeitos prospectivos no controle de constitucionalidade do plenário da Corte Constitucional, foi ressalvada, em alguns votos, a possibilidade de restrição na aplicação do precedente mediante decisão das Cortes Ordinárias nos casos concretos *sub judice*. Inclusive a justificativa para não ter havido a modulação de efeitos pelo STF se deu em decorrência da informação prestada pela Fazenda Nacional acerca da inexistência de trânsito em julgado das decisões que reconheceram o direito ao creditamento também nas operações sob a alíquota zero.

Nesse ponto, vale a pena transcrever trecho dos votos citados na obra de Mizabel Derzi⁴⁷:

“poderia a Corte, existentes os requisitos para isso, em sede de processo subjetivo *inter partes*, modular, reduzir ou restringir os efeitos da sentença por ela proferida. ‘

⁴⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de tributar. São Paulo: Noeses,2009, p.302.

Senhora Presidenta, se Vossa Excelência me permitir, nesta primeira parte, conluo pela possibilidade de modulação dos efeitos nos processos de natureza subjetiva (Min. Ricardo Lewandowski). Em seguida, em intervenção, assim se pronuncia o Min. Marco Aurélio: Mas é justamente a preliminar que eu colocaria. A questão levantada pelo Ministro Lewandowski, de admissibilidade ou não da modulação do processo subjetivo, penso que está pacificada. O Tribunal admite essa modulação'. (...) 'Hoje, em tempos de repercussão geral em recurso extraordinário que, por definição, é só constitucional, não sejamos tão peremptórios'.

Constata-se, portanto, que a própria Corte Constitucional ao dispor sobre seu papel político na sociedade, sobretudo na criação de paradigmas vinculantes da jurisprudência ressalva a segurança jurídica albergada pela coisa julgada e a competência das Cortes Ordinárias a dispor acerca dos casos concretos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do Supremo.

4. CONCLUSÃO

O presente *paper* demonstrou a evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, buscando as características originadas nos sistemas do *civil law* e do *common law*, suas diferenças e convergências, objetivando comprovar mediante a doutrina e estudos de caso o papel político desempenhado pela Corte Constitucional pátria.

O primeiro capítulo abordou a função da Corte Constitucional nos julgamentos de esfera tributária, fazendo um comparativo entre os Tribunais que exercem o controle de constitucionalidade em Portugal, na Alemanha, e no Brasil. O segundo capítulo trouxe o sistema de controle de constitucionalidade com características das doutrinas do *civil law* e do *commom law*, suas diferenças e convergências, e a atual sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro sobretudo quando se trata de arrecadação de receitas tributárias. O terceiro capítulo tratou de estudo de casos de modulação de efeitos realizada pela Suprema Corte Federal Brasileira no tocante às relações jurídico-tributárias.

A Corte Constitucional, como órgão que avoca para si a competência exclusiva para tratar do controle de constitucionalidade foi uma ideia criada por Kelsen e que influenciou a reforma da Constituição da Áustria e, em certa medida, a criação de Cortes Constitucionais na Europa.

A ideia de Kelsen surgiu com uma Corte que desempenhasse o papel de legislador negativo de forma a auxiliar e garantir a manutenção do poder do Parlamento. Deste modo, se a Corte Constitucional constataste uma inconstitucionalidade, já previa Kelsen o efeito prospectivo para que o Parlamento tivesse chance de editar nova lei antes mesmo da decisão judicial de inconstitucionalidade produzir efeito.

Em contrapartida, de acordo com a realidade histórica da Alemanha, o que se buscou com a criação da Corte Constitucional foi evitar arbitrariedades cometidas pela concentração de poder nas mãos do Parlamento. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal foi criado no intuito de se sobrepor ao Poder Legislativo e fazer valer a jurisdição constitucional.

Há o reconhecimento tanto na doutrina quanto nos precedentes do Supremo Tribunal Federal de que há certa politização da justiça no exercício da Jurisdição Constitucional, o que a distingue da Jurisdição Comum na medida em que envolve temas de efeitos políticos de relevante alcance na sociedade.

A Corte Constitucional Portuguesa, por exemplo, é reconhecidamente um órgão político que, além do controle de constitucionalidade, decide questões governamentais referentes a eleições etc. Sua composição se dá por escolha de membro detentores de mandato, dentre os quais a são eleitos pelo parlamento que estiver no poder na ocasião, sendo apenas a sua minoria oriunda da magistratura de carreira.

Esse papel político da jurisdição constitucional já foi constatado por pesquisa realizada nas decisões proferidas pela Corte Constitucional de Portugal entre os anos de 1983 a 2007, pesquisa publicada em artigo intitulado *Independência Judicial e Grupos Políticos nas Cortes Constitucionais Kelsenianas: O caso de Portugal*. Essa pesquisa concluiu que existe uma proporção entre as decisões de inconstitucionalidade e os grupos políticos que indicaram os magistrados para a composição da Corte. Os índices obtidos demonstram que há reflexo direto das linhas partidárias que nomearam os ministros nas respectivas decisões.

Na realidade brasileira, a competência de “julgar” dada ao Poder Judiciário pela C.F./88 é parcela da soberania estatal decorrente do sistema

tripartite de divisão dos poderes por ela adotado. Mais especificamente, a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações abstratas de inconstitucionalidade decorre do controle recíproco (“*checks and balances*”) estabelecido entre os poderes estatais, para manter a harmonia entre eles e evitar abusos de poder e arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais.

O julgamento nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) restringem-se ao posicionamento declaratório final do Tribunal a respeito da constitucionalidade ou não do ato normativo questionado em juízo. É a interpretação deduzida da redação do art.97 juntamente com os parágrafos 2º e 3º do art.103 da C.F./88, que usam o termo “declaração” relativamente ao julgamento daquelas ações.

Inobstante a previsão expressa de modulação de efeitos em controle abstrato de constitucionalidade (art.27 da lei nº9868/99), as normas e os princípios constitucionais que regem o Direito pátrio, base de parâmetro de lei ou ato normativo submetido a controle de constitucionalidade, constituem-se como responsáveis pela fixação dos efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade, determinando como se procederá sua eficácia, se *ex nunc*, *ex tunc*, ou *pro futuro*.

Assim, para que uma lei inconstitucional tenha sua validade e eficácia reconhecidas por determinado período, possibilitando até a aplicação superveniente de lei inconstitucional, é preciso que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais seja derogado por outro princípio ou norma de igual hierarquia.

Conclui-se, portanto, que a faculdade prevista pelo art. 27, para que o S.T.F. imponha restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caracteriza-se como inclusão na seara constitucional brasileira de uma função político discricionária da Corte. Deste modo, percebeu-se que o Brasil tem criado ferramentas que aproximam o Supremo Tribunal ao modelo de Corte Constitucional proposto por Kelsen. Contudo, com poderes que remontam ao ativismo judicial e vai além do legislador negativo por ele idealizado.

Percebe-se, portanto, uma tendência do sistema constitucional brasileiro de se aproximar o STF à Corte Constitucional Política portuguesa, ao disciplinar os efeitos vinculantes dos precedentes

constitucionais proferidos pelo STF para a atuação judicante como um todo.

Na verdade, tais disposições legais não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina alemã e controvérsias quanto a sua aplicabilidade⁴⁸.

O fundamento jurisprudencial alemão para a criação dessa técnica processual teve seu ponto de partida nas seguintes problemáticas jurídicas: “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, omissão legislativa e “liberdade de conformação do legislador”.

Há precedentes jurisprudenciais que sustentam que os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do Pleno do STF justificariam a pronta relativização e inexistência da coisa julgada. (RCL 6917 MC/PE, julgamento em 09/12/2008, relator: Ministro Joaquim Barbosa; AC 3233 MC / DF, Ministro Marco Aurélio, DJE 23/11/2012)

Em contrapartida, outros pedidos de liminar em reclamações têm sido indeferidos, sob o fundamento de que o Judiciário não estaria usurpando a competência constitucional do Supremo ao dispor sobre os efeitos prospectivos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, e de que não cabe reclamação em face de decisão transitada em julgado, e que qualquer tribunal em controle difuso pode efetuar o *prospective overruling* (Rcl nº11476/CE, julgamento em 07/10/08; RCL nº14789/SC, julgamento em 09/11/2012; voto vista no RE nº594477, julgamento em 9/2/2010; RCL 11476/MC/CE, relator: Ministro Luiz Fux, DJE 11/11/2011).

Ao que parece, a Corte Suprema retomou o entendimento alemão defendido por Friedrich Muller, no qual compete à Corte Constitucional decidir na esfera normativa, competindo ao particular propor a ação individual de desconstituição das relações jurídicas.

Nesse caso, compete ao Judiciário, em suas instâncias ordinárias, dispor sobre a prevalência da segurança jurídica em detrimento dos efeitos normativos modulados pela Corte Constitucional.

⁴⁸ Gilmar Ferreira Mendes. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, nº118, abr/jun de 1993, p.61-84.

Sob essa interpretação, seria permitido às Corte Regionais Federais dispor sobre efeitos prospectos da rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional, sem que estivesse, no caso, usurpando a competência do STF.

No *prospective overruling*, a atribuição de efeito prospectivo à revogação do precedente afasta a regra geral de retroatividade do *overruling*, em prol da confiança justificada no precedente anterior. Neste caso, o membro do tribunal terá que fundamentar: 1) alteração da realidade social; 2) modificação dos valores; 3) evolução da tecnologia; 4) alternância da concepção geral do direito.

Países do sistema do *civil law* têm inserido a vinculação do precedente como instrumento de segurança jurídica para evitar a diversidade de interpretações de uma mesma norma. Dentre eles, destaque para o Brasil, a Alemanha, Portugal e a Argentina⁴⁹. Por outro lado, os Estados Unidos da América, inobstante ter aderido o sistema do *common law*, têm inúmeros textos legais escritos⁵⁰.

Deste modo, ambos os sistemas têm adotado, como fontes do direito, a lei e a jurisprudência com relevância⁵¹.

A doutrina menciona fatores históricos que provocaram a aproximação dos dois sistemas, tais como o Estado social, o constitucionalismo, os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e abertas, as lides coletivas⁵², que teriam possibilitado que os julgamentos do *civil law* incorporassem o *stare decisis* do *common law*.

Como exemplo disso, o sistema processual brasileiro utiliza o efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores em recursos repetitivos, das decisões da Corte Constitucional em controle concentrado de constitucionalidade, das decisões do pleno do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, do reconhecimento de repercussão

⁴⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.36.

⁵⁰ MERRYMAN apud ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.36.

⁵¹ Idem. *ibidem*.

⁵² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.271.

geral, e da súmula vinculante, e da vinculatividade dos julgados dos Tribunais de Justiça em controle de constitucionalidade estadual.

O Constitucionalismo enfraqueceu a supremacia da lei para possibilitar a sua relativização sob o fundamento a ela superior, o constitucional. A exemplo disso, tem-se a constante relativização da coisa julgada realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e sobretudo pela Corte Constitucional Brasileira, que inclusive afastou a súmula 343 quando a matéria lhe for afeta, admitindo a rescisão de decisões ainda quando a jurisprudência se mostrava divergente à época de sua prolação. O poder criativo do Judiciário foi ampliado como no sistema do *common law*.

No Brasil, apesar do controle difuso de constitucionalidade ser exercido por magistrados de carreira, a atuação destes tem sido mitigada com os precedentes vinculativos de recursos repetitivos, as súmulas vinculantes, a modulação de efeitos do controle de constitucionalidade abstrato e os efeitos *erga omnes* dos julgamentos do Pleno da Corte Suprema de Constitucionalidade.

Constata-se, portanto, que as aproximações de institutos do *civil law* e do *common law*, principalmente o uso do *stare decision* adotado pelo Brasil, tem permitido que, mesmo no sistema dualista de jurisdição, a força política da Corte Constitucional prevaleça.

A norma constitucional seria, então, o ponto de partida da decisão segundo complementa Friedrich Müller, a decisão de inconstitucionalidade abrangeria muito além do texto da lei.

Nesse contexto, o modelo de solução proposto por Müller é o de uma nova teoria da norma. A norma produzida por um processo complexo, que vai além do texto da Constituição e das leis em geral.

Segundo a metódica estruturante e concretizadora do direito “o resultado da interpretação de uma norma, constitucional ou não, torna-se conteúdo daquela norma.”⁵³

Para a real compreensão de como o Judiciário brasileiro lida com a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade tributária, passou-se ao estudo de dois casos: o da COFINS sobre sociedades de advocacia e o do crédito presumido do PIS e COFINS.

Em relação ao crédito presumido do IPI, o Pleno do STF havia pacificado mediante os recursos extraordinários nº212.484/RS, nº350.446/

⁵³ MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PR e nº353.668/PR que o creditamento do IPI pela aquisição de matérias-primas e insumos tanto ocorreria quando essas operações estivessem sob a alíquota zero quanto nas hipóteses de isenção, afastando a vedação constitucional que seria exclusiva do ICMS (art.155, §2º, II, a da C.F./88).

Posteriormente, o STF revogou o precedente anterior e nos autos do Recurso Extraordinário nº370.682-9/SC concluíram que o princípio da não cumulatividade do IPI não autoriza o creditamento nas operações não tributadas ou sujeitas à alíquota zero.

A própria Corte Constitucional ao dispor sobre seu papel político na sociedade, sobretudo na criação de paradigmas vinculantes da jurisprudência ressalva a segurança jurídica albergada pela coisa julgada e a competência das Cortes Ordinárias a dispor acerca dos casos concretos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do Supremo.

No caso do RE nº377.457-3/PR julgado pelo plenário do STF que motivou e o cancelamento da súmula 276 do STJ, e de forma retroativa determinou a incidência da COFINS e revogou a isenção sobre as sociedades civis de prestação de serviços legalmente habilitadas, promoveu um aumento significativo de receita para os cofres públicos, uma vez que todas as referidas passaram a ter tributado pela COFINS o seu faturamento, retroativamente pelo período de 05 (cinco) anos.

Em contrapartida, caso fosse afastado o efeito do precedente decisório constitucional, a União deixaria de receber tal receita para incremento de seu orçamento, o que poderia causar insegurança a investidores do mercado estrangeiro.

Foram analisados, conforme banco de dados eletrônicos dos sites oficiais do Poder Judiciário Federal, acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, e pelos Tribunais Regionais Federais em ações rescisórias e em data posterior ao aludido precedente constitucional vinculativo do Supremo Tribunal Federal (novembro de 2008).

Os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões, após o precedente da Corte Suprema, decidiram pela inexigibilidade dos acórdãos ainda que transitados em julgado antes da mudança de paradigma, e rescindiram integralmente as decisões anteriores de forma retroativa.

Ressalte-se a visão extremamente legalista dos precedentes supra que tão somente se eximiram de emitir um juízo próprio de valor já que o precedente da Corte Suprema não envolvia o instituto da coisa julgada, nem

tão pouco a segurança jurídica e a boa fé dos contribuintes surpreendidos com a mudança repentina de paradigma.

Ao que parece, o comportamento de simples reprodução do precedente da Suprema Corte remonta à ideia de Dworkin, de que a única decisão correta e válida seria aquela prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, incumbindo a este a função judicante de um verdadeiro “Hércules”.

Os outros 10% dos acórdãos pesquisados foram prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que inovou com o *prospective overruling*, e levou em consideração peculiaridades do caso concreto, ponderando os efeitos vinculativos da decisão da Suprema Corte (AR5471/PE e AR 6025/CE).

Verificou-se, portanto, que fatores externos, indeterminados influenciaram a decisão dos desembargadores federais da quinta região e obviamente alteraram a sua subjetividade e a escolhas das oportunidades possíveis que integram o próprio direito reconhecido também nos princípios, sobretudo na proporcionalidade da medida judicial punitiva, da não surpresa para o contribuinte.

Nesses precedentes, ficaram evidentes as implicações sociais que envolveram a tomada de decisão dos julgadores. É a influência determinante do meio ambiente e das inclinações pessoais dos julgadores.

Confirma-se, portanto, que a decisão jurídica como construção humana, nos remete a divergências interpretativas ora de natureza legalista e desinteressada, ora com conteúdo social e com particularidades subjetivas. Ora com alternativas solucionadoras, encontradas dentro do sistema, ora com interesses externos motivadores pela política.

Com a presente pesquisa foi possível comprovar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja composição se dá por livre escolha do Chefe do Poder Executivo, decorre não apenas da aplicação, mas, principalmente, da criação do direito como verdadeira Corte Constitucional, exercendo papel político relevante no Estado Democrático de Direito.

Contudo, percebe-se que a atuação do STF se dá no âmbito normativo, com efeito *erga omnes* vinculativo às demais instâncias do Judiciário. Todavia, fica resguardada a competência jurisdicional ordinária para a desconstituição das relações jurídicas albergadas pelo manto da coisa julgada, cuja relativização poderá ter seus efeitos igualmente modulados pelo Judiciário comum, em prevalência dos princípios constitucionais da boa-fé, da não surpresa e da segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA.

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para um teoria da dogmática jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal.** Curitiba: Juruá, 2012.
- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. **In: Obras Seletas de Rui Barbosa,** Trabalhos Jurídicos, vol.XI. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26. BITAR, Orlando. *A lei e a constituição.* In: Obras completas, vol.2. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.
- BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. **In: Obras Completas,** 2º volume. Belém: Conselho federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Atualizado por José Aguiar Dias. Série: Arquivos do Ministério da Justiça. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- CAMPOS, Hélio Ourem. Cortes Constitucionais a Dinâmica do Poder. **Separata da Revista O Direito.** Ano 142, V.Almedina, 2010, p.889-1003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª edição revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, p.129.
- _____ **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da**

constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

- _____ Declaração de Inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sobre sua égide. **Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº19, vol.5, abr/jun de 1997, p.279-307.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de tributar.** São Paulo: Noeses, 2009.
- Exposição de Motivos nº189, de 7 de abril de 1997, publicada no Diário do senado federal em 24 de fevereiro de 1999.
- FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GREMBI, Veronica *et al.* Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal. Arquivo em: http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=1156281. Acesso em 04 de abril de 2012.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre:1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A Convergência dos sistemas de controle

de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14, n.57. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2006, p.62-81.

- LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol 7, n°27, abr/jun, 1999, p.183-208.
- MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano18, vol.123, abril de 1994, p.12.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – *Unvereinbarkeitserklärung* – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, n°118, abr/jun de 1993, p.61-84.
- _____ A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano47, n°183, jan/jun 1994, p.40-73.
- _____ **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____ **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____ A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte constitucional alemã. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano I, n°4, jul/set/1993, p.7-29.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da**

Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

- _____. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t.VI.
- MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Maxlimonad, 1998.
- _____. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. O Significado Teórico de Constitucionalidade/ Inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão. Fonte: <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>. Acesso em 20/12/2012.
- PRAZERES, José Ribamar Sanches. **Lei nº 9868/99: a inconstitucionalidade interrompida.** Arquivo em: http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/a_inconstitucionalidade_interrompida. Acesso em: 22 de fevereiro de 2001.
- SANTOS, Ernani Fidélis. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. **Revista dos Tribunais**, ano 79, vol.661, novembro de 1990, p.25-36.

**DA (IN)APLICABILIDADE DA HIPÓTESE DE
SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO
2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 6.830/80 AOS CRÉDITOS
TRIBUTÁRIOS**

Ilza Souza de Moraes Neta

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários
- IBET

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discutir a aplicabilidade da hipótese de suspensão da prescrição elencada no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei 6830/80 (Lei de Execuções Fiscais - LEF) ao crédito tributário. Para deslinde da questão torna-se imperioso tratarmos da competência legislativa fixada na Constituição Federal com relação às matérias tributárias, especialmente a prescrição, analisando os tipos normativos possíveis para regulamentar esse tema e o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão. Neste diapasão, buscaremos demonstrar que as matérias relativas à prescrição tributária devem ser tratadas exclusivamente por meio de lei complementar, de modo que a hipótese de suspensão de prescrição prevista na Lei de Execuções Fiscais (lei ordinária) não pode ser aplicada aos créditos tributários, mas tão somente aos créditos não tributários, devendo a prescrição do crédito tributário ser regulada pelo Código Tributário Nacional – CTN.

Palavras-chave: Suspensão da prescrição – crédito tributário – lei complementar – normas gerais – CTN – LEF

ABSTRACT: This paper aims to discuss the applicability of the hypothesis in Article

2, paragraph 3 of Law 6830/80 (Law on Tax Foreclosures - LEF) the tax credit. For disentangling the question becomes imperative treat the legislative jurisdiction set by the Constitution with respect to tax matters, especially limitation, analyzing the possible normative types to regulate this issue and placement of the jurisprudence of the Courts on this question. In this vein, we will seek to demonstrate that the materials on limitation tax should be treated exclusively by means of a *lei complementar*, so that the possibility of suspension of limitation provided for in the Law of Tax Enforcement (*lei ordinária*) can not be applied to tax credits, but as the only non-tax credits, tax credit limitation shall be governed by the National Tax Code - CTN.

Keywords: Suspension of limitation - tax credit - *lei complementar* - general rules - CTN - LEF

SUMÁRIO: Introdução. 1. O crédito e a prescrição no direito tributário. 1.1. Conceito de crédito tributário. 1.2. A prescrição no direito tributário. 1.3. Termo *a quo* da prescrição. 2. A suspensão da prescrição. 2.1. O conceito de suspensão para o Direito Tributário. 2.2. Da suspensão da prescrição no Código Tributário Nacional. 2.3. Da suspensão da prescrição na Lei de Execuções Fiscais. 3. Competência legislativa para dispor sobre prescrição. 3.1. Competência para legislar sobre prescrição em matéria tributária. 3.2. Breves comentários sobre a lei complementar. 3.3. Natureza jurídica do Código Tributário Nacional. 4. Da aplicabilidade da hipótese de suspensão da prescrição presente na lei de execuções fiscais aos créditos tributários. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A captação de recursos pelo Estado é necessária para financiar investimentos em educação, saúde e moradia para a população, disponibilizar serviços públicos de qualidade, dentre outros. Entre os instrumentos utilizados para essa arrecadação destaca-se a cobrança de tributos. Sendo assim, é imprescindível que o Estado cobre os seus créditos tributários de maneira eficiente e os aplique em favor da população.

Apesar da importância da arrecadação de tributos, as leis e o devido processo legal devem ser observados na cobrança dos créditos tributários e a Fazenda Pública não pode conservar esse direito de execução indefinidamente.

Assim, em consonância os princípios da legalidade e da segurança jurídica, o artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal atribuiu à lei complementar a competência para tratar sobre normas gerais de

direito tributário, em especial a prescrição, que é uma sanção aplicada ao credor inerte e que extingue o crédito tributário.

Assim, na qualidade de norma geral de direito tributário, a princípio, o Código Tributário Nacional seria a norma adequada para tratar da prescrição dos créditos tributários, podendo ser alterado ou revogado apenas por lei complementar superveniente.

No entanto, o artigo 2º, parágrafo 3º da Lei de Execuções Fiscais (lei ordinária) prevê hipótese de suspensão do prazo prescricional e é acerca da aplicabilidade desse dispositivo aos créditos tributários que se ocupa este trabalho científico.

CAPÍTULO 1

O CRÉDITO E A PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

1.1 CONCEITO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO

É através do crédito tributário que os tributos são exigidos. No ordenamento brasileiro são de 5 (cinco) espécies: i) impostos; ii) taxas; iii) contribuições de melhoria; iv) empréstimos compulsórios; v) contribuições especiais.

No entanto, isso por si só não define crédito tributário. Eduardo brilhantemente conceitua o crédito tributário quando afirma que:

O crédito tributário representa o momento de exigibilidade da relação jurídico-tributária. Seu nascimento ocorre com o lançamento tributário (art. 142 do CTN), o que nos permite defini-lo como uma obrigação tributária “lançada” ou, com maior rigor terminológico, obrigação tributária em estado ativo. (...) O crédito tributário é uma obrigação tornada líquida e certa por intermédio do lançamento.¹

Quanto à definição do crédito tributário, Leandro Paulsen brilhantemente acrescenta que:

¹ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 757.

O crédito decorre da obrigação principal. A relação obrigacional tributária tem duas faces: obrigação e crédito. Mas desta correspondência não se pode tirar efeitos absolutos, pois o CTN, em seu art. 142, dá à expressão “crédito tributário” sentido muito específico, pressupondo liquidez e certeza decorrentes do lançamento. Enquanto a obrigação tributária surge com o fato gerador, o crédito tributário, em sentido técnico, tal como previsto no CTN, só é constituído com o lançamento.²

Os conceitos acima citados foram ratificados pelo Superior Tribunal de Justiça, quando a Corte afirmou que “o crédito tributário não surge com o fato gerador. Ele é constituído com o lançamento (artigo 142 do CTN)” (Resp 250.306/DF, 1ª T, rel. Min. Garcia Vieira, j. 06-06-2000).

1.2 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Para o estudo do tema objeto desse trabalho, é importante discutirmos o conceito jurídico de prescrição. No entanto, a Constituição Federal não prescreve esse conceito, sendo ele encontrado na legislação infraconstitucional e na doutrina.

Em regra, a prescrição é tida como perda do direito de exercer a cobrança do crédito tributário judicialmente e é matéria de ordem pública, não sofre os efeitos da preclusão, podendo ser alegada a qualquer momento do procedimento e ser reconhecida de ofício pelo juiz. Barros (2011) entende que prescrição é a medida enérgica da ordem jurídica no sentido de desestimular a omissão de certas pessoas, na defesa de seus direitos, fazendo com que não prosperem situações indefinidas e não fiquem por muito tempo pendentes direitos e deveres que os fatos (descritos como norma) vão sistematicamente produzindo, quando observados os seguintes requisitos:

- i) Existência de uma ação exercitável (*actio nata*);
- ii) Inércia do titular da ação pelo seu não-exercício;
- iii) Continuidade dessa inércia durante certo lapso de tempo;

² PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 996)

Por sua vez, o artigo 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional, elenca a prescrição como causa de extinção do crédito tributário.

De fato, todo direito pode ser objeto de ação judicial e com o perecimento do direito de ação, automaticamente, o credor perde os meios jurídicos para obrigar o devedor a quitar sua dívida, atingindo o vínculo obrigacional entre o sujeito passivo e o sujeito ativo. Assim, é oportuno que o Código Tributário Nacional elenque a prescrição como hipótese de extinção do crédito tributário.

A prescrição surge da necessidade do direito lidar com tempo, impedindo que as relações jurídicas permaneçam indefinidamente. Assim, conforme ensina Sabbag (2011, p. 801), “... se há prescrição desaparece o direito de pleitear intervenção do Judiciário, diante da falta de capacidade defensiva, que lhe foi retirada em consequência do não uso dela durante certo interregno, atingido pela força destrutiva da prescrição”.

Também é importante ressaltar que no direito tributário as relações jurídicas são obrigacionais e não-obrigacionais envolvendo a Fazenda Pública e o contribuinte, podendo tanto o Fisco quanto o contribuinte possuir direitos subjetivos que, caso não sejam exercidos, geram a produção de norma de prescrição e extinguem o crédito tributário. Assim, a prescrição se aplica tanto aos créditos tributários do Fisco para como contribuinte (lançamento tributário) quanto do contribuinte para com o Fisco (indébito tributário).

Assim, a prescrição é remédio jurídico contra a inércia do titular do crédito tributário, tendo por consequência a extinção desse crédito e garantindo a segurança jurídica das relações tributárias, que não podem ser perpetuadas indefinidamente.

1.3 TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO

O termo inicial para a contagem do prazo prescricional é a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos dos artigos 142 e 174, *caput*, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento

administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (BRASIL, 1966).

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (BRASIL, 1966).

O curso da prescrição é diretamente vinculado à inércia do credor, mas no Código Tributário ao mencionar a constituição definitiva do crédito, no primeiro olhar, nos faz concluir que o prazo foi estipulado tendo em conta o momento em que o sujeito passivo é notificado do lançamento. Barros (2011) afirma que não há como aceitar que possa ter começado a fluir o prazo prescricional no momento da notificação do lançamento porque naquele exato momento a Fazenda Pública não dispõe de meios próprios para cobrar o crédito tributário judicialmente. Assim, o próprio Sistema Tributário impõe que as vicissitudes do texto do Código Tributário Nacional sejam sobrepostas, deslocando o termo inicial do prazo de prescrição para o último momento da exigibilidade administrativa, quando a Fazenda Pública tem condições de propor ação de cobrança do crédito tributário. Para Barros (2011, p. 584), “ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema”.

Brito (2004) complementa esse entendimento ao afirmar que o crédito encontra-se definitivamente constituído quando não couber mais qualquer espécie de recurso na esfera administrativa.

Por outro lado, Denari (2008) ensina que a constituição definitiva do crédito tributário dá-se com a inscrição do débito em dívida ativa.

No entanto, compartilhamos do entendimento dos Professores Hugo de Brito Machado e Paulo de Barros Carvalho de que o lançamento, por si só, não constitui o crédito tributário de forma definitiva uma vez que contra ele o contribuinte pode administrativamente se insurgir, de modo que o lançamento não é termo inicial do prazo prescricional.

Para nós, o citado termo inicial pode ser definido como sendo o momento em que o crédito tributário se torna definitivo, indiscutível no âmbito

administrativo. Quando identificado o momento em que a definitividade desse crédito, dar-se-á início a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para ajuizamento da execução fiscal em tempo hábil.

Importante ressaltar que a constituição definitiva do crédito tributário pode ocorrer em momentos distintos, a depender do tributo e do comportamento do contribuinte em face do lançamento.

Nesse sentido também se coloca a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 436. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Ano 2010, vol. 218, p 706. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=436&b=SUMU > Acesso em: 23 mar. 2013).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DATA DA ENTREGA DA DCTF 1. **O entendimento mais recente jurisprudência desta Corte é no sentido de que, a partir da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada, mediante entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF (o que, aliás, consubstancia a própria constituição do crédito tributário), inicia-se o prazo prescricional do art. 174 do CTN para a cobrança do crédito.** 2. O tema em debate foi objeto de apreciação pela Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.120.295/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos). 3. Na espécie, trata-se de créditos tributários referentes a Cofins, relativo às competências de abril a julho de 1993. E que, segundo o acórdão de apelação, teriam sido lançados por homologação, mediante a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, em julho de 1993, data que deve ser

considerado como termo inicial da contagem do prazo prescricional. A ação de execução fiscal foi ajuizada em janeiro de 2003, ou seja, quando já prescrito o direito de executar o saldo remanescente apurado pelo Fisco. 4. Assim, considerando que se operou a prescrição, não há óbice à concessão da medida cautelar postulada para o fim de expedição de certidão positiva com efeito de negativa. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 201001405942, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgado em 09/08/2011. Publicado no DJE em 17/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=201001405942&b=ACOR#>. Acesso em: 27 mar. de 2013).

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – MULTA ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO – INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO COM O DESPACHO QUE DETERMINOU A CITAÇÃO. 1. A decisão monocrática agravada deu provimento ao recurso especial do agravado por considerar como marco interruptivo da prescrição o despacho que determina a citação, e não a constituição do crédito do ajuizamento da ação, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. **Nos autos verifica-se como marco temporal inicial da contagem da prescrição o dia 25.1.2001, data determinada para pagamento do crédito.** Como o despacho que determinou a citação foi proferido apenas em 3.8.2007, fls. 38/39, por óbvio já havia ocorrido a prescrição. 3. Mudando-se o marco interruptivo da prescrição, verifica-se estar prescrita a cobrança do crédito objeto da presente execução. 4. **O marco inicial para a contagem do prazo prescricional é a data estabelecida para o agravado pagar o débito após regular decisão que julgou o processo administrativo, e não a inscrição em dívida ativa.** Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em sede de Recurso Especial nº AGRESP 200901333941. Rel. Min.

Humberto Martins. Segunda Turma. Publicado no DJE em 25/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=200901333941&b=ACOR>. Acesso em: 27 mar. 2013).

Resumidamente, o termo *a quo* da contagem do prazo quinquenal de prescrição será:

- a) O prazo final para a impugnação do lançamento (defesa apresentada ao próprio órgão lançador do tributo), caso não se verifique a protocolização de impugnação administrativa do lançamento;
- b) A data da notificação da decisão administrativa final (irrecorrível), mantendo total ou parcialmente o tributo exigido;
- c) Declaração apresentada pelo contribuinte no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos da Súmula nº 436 do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 2

A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

2.1 O CONCEITO DE SUSPENSÃO PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO

Considerando que o artigo 110 do Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966, determina que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”, o conceito de suspensão utilizado no Código Tributário Nacional deve ser o mesmo do Código Civil de 1916, igualmente adotado pelo Código Civil de 2002.

Assim, a suspensão é a paralisação da contagem de um prazo em razão da ocorrência de uma causa específica, legalmente definida. Quando

desaparecer a causa de suspensão, a contagem do prazo retomará seu curso normal, computado o tempo anteriormente decorrido. Por fim, é importante citar que o prazo suspenso não fluirá enquanto estiver presente a causa suspensiva, voltando a fluir do ponto em que foi suspenso.

2.2. DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O artigo 174 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses de interrupção do prazo prescricional, mas a modalidade de suspensão da prescrição não está nele presente. Porém, o artigo 155, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, reconhece a figura da suspensão da prescrição ao determinar que na hipótese de ser descoberta a obtenção da moratória mediante dolo ou simulação do beneficiado ela será revogada e o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; e nos demais casos, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito. Essa hipótese é doutrinariamente conhecida “suspensão retroativa da prescrição”.

Ademais, é relevante falar que não se deve confundir suspensão da prescrição com as hipóteses de suspensão do crédito tributário dispostas no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Há situações em que a exigibilidade do crédito tributário é suspensa por um determinado lapso temporal, impedindo o sujeito ativo de efetuar a cobrança de tais créditos. Assim, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário está relacionada com a impossibilidade de constituição ou cobrança do crédito tributário por determinado lapso temporal.

No entanto, a suspensão da prescrição tem relação com a causa que impede as consequências da inércia do credor em relação ao crédito já constituído. Observe que as causas de suspensão da prescrição são hipóteses que se dão após a constituição do crédito tributário, enquanto as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário podem ocorrer antes ou após a sua constituição. Esses são os ensinamentos de Amaro (2010, p 404). Vejamos:

As causas de suspensão do crédito tributário (inclusive a moratória, incluída como tal pelo CTN) podem

ocorrer mesmo antes do lançamento e, portanto, não pressupõem a existência de 'crédito tributário' no sentido que lhe deu o código (de entidade que só se constituiria pelo lançamento).

2.3. DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO NA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

Após a edição do Código Tributário Nacional, a Lei de Execuções Fiscais, de 22 de setembro de 1980 criou uma nova hipótese de suspensão da prescrição, disposta no seu artigo 2º, parágrafo 3º, a seguir transcrito:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

[...]

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo (BRASIL, 1980).

O referido dispositivo legal trata de hipótese de suspensão da prescrição em razão do ato de inscrição de dívida ativa pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) ou até a distribuição da execução fiscal, o que primeiro acontecer.

Vale ressaltar que, quando a promulgação da Lei de Execuções Fiscais, a Constituição de 1967, Carta Magna em vigor na época, já previa que as normas gerais de direito tributário deveriam ser tratadas por meio de lei complementar. No entanto, a Lei nº 6.830/80 é uma lei ordinária, ou seja, aprovada pela maioria simples dos presentes na sessão de votação, respeitado o *quórum* mínimo de maioria dos parlamentares de cada Casa do Congresso nacional para início da votação.

É sobre a possibilidade de aplicar esse dispositivo aos créditos tributários que esse estudo se debruça.

CAPÍTULO 3

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA DISPOR SOBRE PRESCRIÇÃO

3.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A definição da competência para legislar sobre prescrição em matéria tributária está expressamente disposta no artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, que estabelece caber à lei complementar fixar normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Interpretando esse dispositivo literalmente, a doutrina dominante liderada por Calmon (2002, p. 100) atribuiu quatro funções à Lei Complementar: “(a) editar normas gerais; (b) dirimir conflitos de competência; (c) regular as limitações ao poder de tributar; (d) fazer atuar os ditames constitucionais”.

Para o nosso estudo, interessa-nos apenas a função de editar normas gerais sobre a legislação tributária, especialmente a prescrição, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal. Ora, dizer que a lei complementar deverá regular a prescrição, devendo limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais significa dizer que não é possível abolir o instituto, uma vez que o mesmo foi instituído pela Constituição Federal, nem tão pouco tecer detalhes sobre o tema, atingindo a competência concorrente dos entes federativos disposta nos artigos 24, inciso I, e 30, inciso III, da Constituição Federal. Assim, não poderá a lei complementar adentrar nos assuntos de interesses específicos dos entes políticos.

No entanto, a prescrição é um instituto que abrange indistintamente todas as relações jurídicas tributárias do nosso ordenamento jurídico e deve ser aplicado por todos os entes políticos, porque assim é a vontade da Constituição ao prever expressamente a prescrição em seu texto.

Para o nosso estudo, é importante destacarmos que, ao analisar a aplicabilidade do prazo prescricional e decadencial das contribuições previdenciárias disposto nos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, o Supremo Tribunal Federal tratou da abrangência da expressão *normas gerais* para fins de definição das questões sobre prescrição a serem obrigatoriamente tratadas por meio de lei complementar. Para o Tribunal Supremo, toda a matéria sobre prescrição é norma geral, a exemplo da norma que fixa o prazo prescricional, uma vez que o instituto da prescrição deverá ser aplicado a todas as relações tributárias, independente de qual seja o contribuinte ou a Fazenda Pública envolvida (Federal, Estadual, Distrital, Municipal). Não seria razoável permitir que cada Estado ou Município aplicasse a prescrição aos seus créditos como bem entendesse, uma vez que implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

Essa orientação jurisprudencial foi solidificada com a edição da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 8. Aprovada em sessão plenária em 12/06/2008. Publicada no DJE nº 112 de 20/06/2008, p.1. Publicada no DOU de 20/06/2008, p. 1. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%288.NUME.%29%29+E+S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes&url=http://tinyurl.com/cxh8dkh>>. Acesso em 23 de março de 2013).

Da análise dos precedentes que embasaram a citada Súmula Vinculante nº 8, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal orientou a sua jurisprudência no sentido de que prescrição (de forma abrangente) é matéria própria de lei complementar, a exemplo do Recurso Extraordinário nº RE559.882-9 –RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a seguir transcrito:

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. **As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.** II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECI-

SÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE559.882-9/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicação no DJe nº 216, em 14/11/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%288.NUME.%29%29+E+S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes&url=http://tinyurl.com/cxh8dkh>>. Acesso em: 27 de março de 2013).

Ante o exposto, concluímos que não resta dúvida que qualquer matéria sobre prescrição é obrigatoriamente objeto de lei complementar.

3.2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEI COMPLEMENTAR

A lei complementar é um dos tipos de norma jurídica elencados no artigo 59 da Constituição Federal de Federal de 1988.

A norma legal deve seguir determinadas regras procedimentais constitucionalmente previstas para ser inserida no mundo jurídico. A Lei Complementar nº 95, 25 de fevereiro de 1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Nos termos da Lei Complementar nº 95/1998, podemos dividir o processo legislativo em três fases: iniciativa, constitutiva e complementar. A fase da iniciativa deflagra o início de todo procedimento legislativo e corresponde à propositura do projeto de lei.

A fase constitutiva é o momento de discutir e votar o projeto de lei, e é nessa fase que há a diferença substancial entre a lei complementar e a lei ordinária, uma vez que a primeira tem sua aprovação pelo Poder Legislativo por maioria absoluta e para aprovação da segunda é necessária maioria simples (maioria dos votos dos presentes na sessão de votação) da Câmara de Deputados e do Senado Federal, observado o *quorum* de instalação da sessão de votação (presença da maioria absoluta dos membros de cada

casa). É também na fase constitutiva que há o instituto do veto presidencial.

Por sua vez, a fase complementar é dividida em promulgação e publicação. A promulgação atestará a validade e a executoriedade da lei, e a publicação (após a promulgação) tem o condão de dar vigência à norma jurídica.

Em razão do processo legislativo da lei complementar ser mais dificultoso e exigir a aprovação de um número maior de congressistas (representantes do povo e dos Estados), ela é o tipo de norma jurídica escolhido pela Constituição Federal para tratar das matérias de especial importância, mais sensíveis e relevantes para o nosso ordenamento jurídico. Segundo Temer (2006), há a necessidade de uma manifestação de vontade mais qualificada, que enseje uma maior expressão do Poder Legislativo diante da matéria.

Por sua vez, a lei ordinária é uma norma jurídica infraconstitucional primária, que contém normas gerais abstratas que regem nossa vida em coletividade, que tem competência material residual, ou seja, o que a Constituição Federal não reservou à norma jurídica específica será tratado por uma lei ordinária.

No entanto, o fato da lei complementar ter processo legislativo mais dificultoso do que a lei ordinária e tratar das matérias que o legislador constituinte considerou mais importantes para o nosso ordenamento não significa dizer que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária. Explicamos.

A hierarquia de uma norma para o direito é a subordinação desta a uma fonte geradora superior, como é o caso de todas as normas infraconstitucionais em relação à Constituição Federal. Assim, haverá uma hierarquia entre duas normas jurídicas quando uma delas tiver sua origem e seu fundamento de validade na norma julgada hierarquicamente superior.

No que concerne à existência ou não de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária é importante definirmos se para fins de caracterização de lei complementar deve-se levar em consideração o aspecto formal e/ou material.

Barros (2010) defende que é o aspecto material que define a lei complementar, de modo que a determinação de regulamentação de uma matéria por lei complementar na Constituição Federal pode se dar de maneira explícita (quando a Carta Magna usa o termo “lei complementar”)

ou de forma implícita (quando o texto constitucional usa o termo “lei”, mas trata de matéria de grande magnitude para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo imprescindível sua regulamentação uniforme em todo o território nacional).

Respeitosamente, neste trabalho, ousamos discordar do Professor Paulo de Barros Carvalho e defendermos que, quanto ao aspecto material, quando a Constituição Federal utiliza o termo “lei”, desprovido de qualquer qualificação, o legislador constituinte está se referindo à lei ordinária, só cabendo a edição de lei complementar quando o texto constitucional expressamente assim afirma.

A Carta Magna impõe um requisito material taxativo para a edição das normas infraconstitucionais, fixando se a norma deve ser objeto de lei ordinária ou de lei complementar. Logo, é vedado ao legislador derivado infraconstitucional tratar de matéria reservada à lei ordinária através de lei complementar com o intuito de atribuir à matéria relevância e proteção jurídica que não foram taxativamente previstas pelo legislador constituinte.

O legislador ordinário não pode eleger se o tema tratado pela norma a ser editada possui a magnitude necessária para ser “protegida” pelo processo legislativo mais dificultoso da lei complementar, tratando do tema via lei complementar quando a Carta Magna relaciona-o à lei (lei ordinária). Logo, a matéria reservada à lei complementar é aquela taxativamente indicada na Constituição e não aquela que aos olhos do Poder Legislativo é relevante para o direito brasileiro atual.

Quanto ao aspecto formal (processo de edição da norma), Hugo de Brito Machado ensina que:

Nenhuma espécie normativa ganha sua identidade específica em razão da matéria da qual se ocupa. Pelo contrário, todas as espécies normativas, desde as instruções, as portarias, os regulamentos, até a Constituição, todas ganham identidade específica em razão de elementos formais, vale dizer, da competência do órgão que as edita e do procedimento adotado para a edição.³

³ MACHADO, Hugo de Brito. **Segurança jurídica e lei complementar**. Disponível em: <http://qiscombr.winconnection.net/hugomachado/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=177>. Acesso em: 27 mar. 2013.

Assim, para o douto doutrinador, o aspecto formal da lei complementar se sobrepõe ao aspecto material, pois o direito não é uma ciência estanque, de modo que se uma norma for submetida ao processo legislativo de lei complementar, independente da matéria que ela trate, essa norma será considerada uma lei complementar e só lei superveniente de igual tipo poderá se alterada, modificada ou revogada.

Com o devido respeito, discordamos da citada tese. Entendemos que nas hipóteses em que matérias diferentes das previstas na Constituição para serem tratadas por lei complementar são abordadas no conteúdo da mesma, devem ser considerados como norma ordinária. Em decorrência disso, os dispositivos de lei ordinária posterior podem revogar os preceitos da lei anterior, mesmo que estejam no “corpo” de uma lei complementar, porque essa norma nunca foi de lei complementar, estando apenas dentro do seu texto, mas com características de lei ordinária.

Ante o exposto, conclui-se que uma norma deve vincular-se às imperativas adequações constitucionais tanto no aspecto material quanto no formal para ser considerada lei complementar.

No entanto, o maior rigor em classificar uma norma como lei complementar não significa que a mesma seja hierarquicamente superior à lei ordinária. No escalonamento normativo do direito brasileiro, tanto a lei complementar quanto a lei ordinária são consideradas normas infraconstitucionais, são espécies normativas cujo fundamento de validade provém diretamente da Constituição Federal.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, retificada pelo artigo 7º do Ato Complementar 36, de 13 de março de 1967, é uma lei ordinária, atualmente denominada Código Tributário Nacional.

Ocorre que o Código Tributário Nacional foi editado antes da Constituição Federal de 1988 e, portanto, sua vigência no ordenamento jurídico atual deve ser analisada observando o fenômeno de direito constitucional intertemporal chamado “recepção”.

Ao contrário do fenômeno da revogação global, que revoga todo o texto constitucional anterior, com relação às normas infraconstitucionais não há revogação global, mantendo-se as normas constitucionais anteriores

desde que compatíveis materialmente com o novo ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais materialmente compatíveis com o novo ordenamento jurídico serão recepcionadas e aquelas incompatíveis não serão recepcionadas.

A recepção é um fenômeno de natureza material porque nela não é analisado o processo legislativo utilizado para fins de criação da norma infraconstitucional, avaliando a norma apenas com relação ao seu conteúdo. Nenhuma norma deixa de ser recebida por incompatibilidade formal com a nova Constituição.

O aspecto formal do texto infraconstitucional a ser recepcionado deverá ser analisado sob a ótica da Constituição vigente à época da elaboração da norma (*tempus regit actum*) e não sob a visão do ordenamento constitucional atual. Além disso, a recepção ou não recepção é um fenômeno automático, ou seja, não é obrigatório que esteja expresso no texto constitucional.

Assim, o Código Tributário Nacional continua uma lei válida uma vez que formalmente adequada à Constituição vigente quando da sua edição e materialmente compatível com a Constituição Federal de 1988.

A validade de uma norma jurídica é avaliada em face da norma superior em cuja vigência a norma inferior foi editada. Quando o Código Tributário Nacional foi promulgado, a Constituição então vigente não exigia lei complementar para tratar de normas gerais de direito tributário. Na verdade, a lei complementar não existia como conceito de direito positivo à época, sendo introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1967.

O próprio Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, de 05 de outubro de 1988, expressamente recepcionou o Código Tributário Nacional ao tratar do sistema tributário nacional em seu artigo 34, parágrafo, *in verbis*:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

§ 5º - Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º. (BRASIL, 1988)

Portanto, o Código Tributário Nacional é uma lei ordinária recepcionada pela Constituição Federal de 1988, mas só pode ser alterado por lei complementar porque a matéria nele tratada está na Constituição de 1988 reservada a esse tipo legislativo, que exige um quórum de votação qualificado.

Não há incoerência em afirmar que o Código Tributário Nacional é uma lei ordinária e ao mesmo tempo sustentar que ele só pode ser alterado por lei formalmente complementar. O Código Tributário Nacional é uma lei ordinária porque como tal foi aprovado pelo Congresso Nacional e não há alteração da natureza jurídico formal de uma norma em razão da sua recepção pela ordem jurídica que se estabelece com o advento da nova Constituição. Ocorre que, nos termos da Constituição Federal de 1988, a matéria disciplinada pelo Código Tributário Nacional está reservada à lei complementar e só por lei complementar pode ser tratada. Dessa forma, podemos afirmar que o Código Tributário Nacional é fundamento de validade necessário de leis ordinárias sobre matéria tributária porque, apesar de ser lei ordinária em sentido formal, foi recepcionado na ordem jurídica de 1988 com *status* de lei complementar de normas gerais de direito tributário.

Sobre a recepção do Código Tributário Nacional pela nova ordem jurídica posta pela Constituição Federal de 1988:

Esse tipo de problema, na verdade, é resolvido pelo *princípio da recepção*: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição são recepcionadas pela nova ordem constitucional, salvo no que contrariarem preceitos *substantivos* do novo ordenamento. Quanto à forma de elaboração da norma, obviamente não se aplica a Constituição nova; ter-se-á aplicado a velha, e a lei ou terá nascido formalmente perfeita sob a antiga Constituição ou desde então já não se legitimaria e padeceria de inconstitucionalidade formal. Se a lei nasceu formalmente válida, atendendo ao processo legislativo da época de sua criação, é irrelevante que, posteriormente, a nova Constituição reclame, para a matéria de que aquela lei tratava, um diferente ritual de aprovação.

Ocorre, porém, que, exigindo a nova Constituição um modelo legislativo diferenciado para cuidar das matérias reguladas na lei anterior, a alteração da disciplina legal dessas matérias passa a só poder ser tratada nos moldes da nova forma constitucionalmente definida, o que põe a lei anterior no mesmo nível de eficácia da norma que a nova Constituição exige para cuidar daquelas matérias. Assim, se o Código Tributário Nacional (lei ordinária) regulava, por exemplo, a matéria de normas gerais de direito tributário, e se a Constituição de 1967 (como continua fazendo) passou a exigir lei complementar para regular essa matéria, resulta que o *Código Tributário Nacional só pode ser alterado por lei complementar*. Não porque ele seja uma lei complementar, mas porque a Constituição, agora (desde 15.1.1967), exige lei complementar para cuidar do assunto.⁴

CAPÍTULO 4

DA (IN)APLICABILIDADE DA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PRESENTE NA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

A Lei nº 6830/80 é lei ordinária específica que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, ou seja, sobre o procedimento judicial através do qual o Fisco busca satisfazer os seus créditos, razão pela qual é conhecida como Lei de Execuções Fiscais (LEF). A Lei nº 6830/80 trata ainda da constituição do título executivo extrajudicial pela Fazenda Pública, que será o suporte para a cobrança dos seus créditos, a chamada Certidão de Dívida Ativa (CDA).

Ao tratar da constituição da Certidão de Dívida Ativa, o artigo 2º, parágrafo §3º, da Lei de Execuções Fiscais, de 22 de setembro de 1980, dispõe que “a inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos

⁴ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171 apud MACHADO, Hugo de Brito. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 166/167.

de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo”, ou seja, cria hipótese de suspensão do prazo prescricional pelo período de 180 (cento e oitenta) dias (ou até a distribuição da execução fiscal, o que primeiro acontecer), a contar de inscrição do crédito da Fazenda Pública em dívida ativa. Frise-se que, também desse caso, o prazo prescricional é contado a partir da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, quando contra esse crédito não couber mais qualquer espécie de recurso na esfera administrativa.

No entanto, a hipótese de suspensão da prescrição presente na Lei de Execuções Fiscais não encontra respaldo na lei de normas gerais sobre direito tributário: o Código Tributário Nacional.

Como já analisamos, nos termos do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prescrição é norma geral de direito tributário que deve ser obrigatoriamente objeto de lei complementar.

Vale frisar que foi baseado nesse entendimento que, ao analisar a aplicabilidade do prazo prescricional decadencial das contribuições previdenciárias disposto nos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, a Corte Magna editou a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal.

Entendem-se como normas gerais de direito tributário aquelas normas básicas que, em razão de sua magnitude, devem ser aplicadas igualmente a todos os entes federativos e que visam a aplicação de determinados institutos ou situações jurídicas a todas as relações jurídicas no território nacional da mesma espécie ou condição. As normas gerais se afeiçoam aos aspectos primordiais da matéria. Assim, as leis que tratam de aspectos específicos de uma matéria devem observar o disposto na lei que trata de normas gerais.

Por sua vez, a lei complementar deve tratar de matéria taxativamente reservada a esse tipo normativo pelo texto constitucional (aspecto material) e cujo processo legislativo constitutivo obedece ao quórum de votação disposto no artigo 69 da Constituição Federal (aspecto formal), ou seja, é aprovada por maioria absoluta dos membros de cada casa do Congresso Nacional.

A Constituição Federal outorgou à lei complementar as matérias relevantes ao ordenamento jurídico e que necessitavam de um tratamento isonômico no território nacional a fim de garantir segurança jurídica às

relações jurídicas, a exemplo da prescrição em matéria tributária.

Isso não significa dizer que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária, uma vez que ambas tem a Constituição como fundamento de validade, mas que por conveniência e vontade do legislador constituinte, algumas matérias obrigatoriamente devem ser tratadas por lei complementar, que possui processo legislativo mais dificultoso e uma manifestação de vontade mais qualificada do Congresso Nacional.

Sobre a aplicabilidade do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei de Execuções Fiscais, considerando tudo o que foi discutido neste estudo, de maneira sintética, é possível dizer que:

O artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei de Execuções Fiscais, que diz que a suspensão do prazo prescricional por 180 (cento e oitenta dias) dias a contar da inscrição do débito em dívida ativa, é inaplicável à execução de dívida tributária, pois a prescrição integra as normas gerais em matéria tributária, que são reservadas à lei complementar, nos termos do art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, estando disciplinado pelo Código Tributário Nacional que não prevê essa hipótese de suspensão do prazo prescricional. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Ag. 1.037.765/SP (julg. 02/03/2011) reconheceu a inconstitucionalidade deste dispositivo, bem como a §2º do art. 8º da LEF, sem redução de texto, em relação aos créditos tributários. Isto porque o conflito entre a LEF e o CTN não implica a inconstitucionalidade – senão parcial, sem redução de texto – do dispositivo da LEF, mas, apenas, a sua inaplicabilidade à execução dos créditos tributários, na medida em que há um campo de aplicação válida, qual seja, a execução de créditos não tributários⁵.

Sobre o tema é relevante transcrever-se trecho do Informativo nº 465 do Superior Tribunal de Justiça:

⁵ PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 7 ed. Porto Alegre: Forense, 2012, p 213.

INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESERVA. LC.

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade dos arts. 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF) suscitado em decorrência de decisão do STF. A Fazenda Nacional, invocando a Súmula Vinculante n. 10-STF, interpôs recurso extraordinário (RE) contra acórdão deste Superior Tribunal, alegando, essencialmente, a negativa de aplicação do art. 8º, § 2º, da LEF sem declarar a sua inconstitucionalidade, o que constitui ofensa ao art. 97 da CF/1988. O STF deu provimento ao recurso da Fazenda para anular o acórdão e determinou, em consequência, que fosse apreciada a controvérsia constitucional suscitada na causa, fazendo-o, no entanto, com estrita observância do que dispõe o art. 97 da CF/1988. Portanto, coube definir, nesse julgamento, a questão da constitucionalidade formal do § 2º do art. 8º da LEF, bem como, dada a sua estreita relação com o tema, do § 3º do art. 2º da mesma lei, na parte que dispõe sobre matéria prescricional. Essa definição teve como pressuposto investigar se, na data em que foram editados os citados dispositivos (1980), a Constituição mantinha a matéria neles tratada (prescrição tributária) sob reserva de lei complementar (LC). Ressaltou, *a priori*, o Min. Relator que a recente alteração do art. 174 do CTN, promovida pela LC n. 118/2005, é inaplicável à hipótese dos autos, visto que o despacho que ordenou a citação do executado deu-se antes da entrada em vigor da modificação legislativa, incidindo ao fato o art. 174 do CTN na sua redação originária. Observou, também, ser jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal que o art. 8º, § 2º, da LEF, por ser lei ordinária, não revogou o inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, por ostentar esse dispositivo, já à época, natureza de LC. Assim, o citado art. 8º, § 2º, da LEF tem aplicação restrita às execuções de dívidas não tributárias. **Explicou que a mesma orientação é adotada em relação ao art. 2º, § 3º, da LEF, o qual, pela mesma linha de argumentação, ou seja, de que lei ordinária não era apta a dispor sobre matéria de prescrição tributária, é aplicável**

apenas a inscrições de dívida ativa não tributária. Também apontou ser jurisprudência pacificada no STJ que tem respaldo em recentes precedentes do STF em casos análogos, segundo a qual, já no regime constitucional de 1967 (EC n. 1/1969), a prescrição e a decadência tributária eram matérias reservadas à lei complementar. Asseverou, ainda, que, justamente com base nesse entendimento, o STF julgou inconstitucional o parágrafo único do art. 5º do DL n. 1.569/1977, editado na vigência da referida EC, tratando de suspensão de prazo prescricional de créditos tributários (Súmula Vinculante n. 8-STF). **Dessa forma, concluiu que as mesmas razões adotadas pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do citado parágrafo único determinam a inconstitucionalidade, em relação aos créditos tributários, do § 2º do art. 8º da LEF (que cria hipótese de interrupção da prescrição), bem como do § 3º do art. 2º da mesma lei (no que se refere à hipótese de suspensão da prescrição).** Ressaltou, por fim, que o reconhecimento da inconstitucionalidade deve ser parcial, sem redução de texto, visto que tais dispositivos preservam sua validade e eficácia em relação a créditos não tributários objeto de execução fiscal e, com isso, reafirmou a jurisprudência do STJ sobre a matéria. Ante o exposto, a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, acolheu, por maioria, o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade parcial dos arts. 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, sem redução de texto. Os votos vencidos acolhiam o incidente de inconstitucionalidade em maior extensão. Precedentes citados do STF: RE 106.217-SP, DJ 12/9/1986; RE 556.664-RS, DJe 14/11/2008; RE 559.882-RS, DJe 14/11/2008; RE 560.626-RS, DJe 5/12/2008; do STJ: REsp 667.810-PR, DJ 5/10/2006; REsp 611.536-AL, DJ 14/7/2007; REsp 673.162-RJ, DJ 16/5/2005; AgRg no REsp 740.125-SP, DJ 29/8/2005; REsp 199.020-SP, DJ 16/5/2005; EREsp 36.855-SP, DJ 19/6/1995; REsp 721.467-SP, DJ 23/5/2005; EDcl no AgRg no REsp 250.723-RJ, DJ 21/3/2005; REsp 112.126-RS, DJ 4/4/2005, e AgRg nos EDcl no REsp 623.104-RJ, DJ 6/12/2004. **AI no Ag 1.037.765-SP, Rel. Min. Teori**

Albino Zavascki, julgada em 2/3/2011. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº0465 de 28 de fevereiro a 4 de março de 2011. Elaborado pela Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp> >. Acesso em: 27 mar. . 2013)

Nas palavras de Paulsen, Bergmann e Schroder (2012, p.250):

A inscrição em dívida ativa constitui-se em mero ato interno da Administração. Não há previsão legal de notificação do contribuinte quanto à inscrição, tampouco qualquer implicação no curso do prazo prescricional. A cobrança amigável feita nesta fase, por Aviso de Cobrança, também não tem efeitos sobre a prescrição.

Corroborando com esse entendimento é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONTAGEM A PARTIR DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA APRECIÇÃO DA PRESCRIÇÃO COM BASE NO TERMO INICIAL CORRETO. 1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito se dá com a entrega da respectiva declaração pelo contribuinte ou, no caso de sua ausência, na data do vencimento. Assim, é esse o marco temporal para a fluência do prazo prescricional. 2. **A inscrição em dívida ativa não guarda relação com a constituição do crédito tributário, tratando-se apenas de procedimento administrativo tendente a registrar os valores contabilmente e torná-los exigíveis por meio do título executivo a ser formado a partir de tal ato - CDA. Não pode, portanto,**

ser considerada como marco inicial do prazo prescricional. 3. Uma vez reconhecido, em tese, o direito da recorrente de que o cômputo do prazo prescricional não tenha início a partir da data da inscrição do débito na dívida ativa, os autos devem ser encaminhados à instância local, à qual cabe a apreciação do conjunto fático-probatório dos autos, para apuração da prescrição à luz do correto termo inicial, sem que isso implique julgamento extra petita. 4. Agravo regimental não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em sede de Recurso Especial nº AGRESP 200802199918, Min. Rel. Benedito Gonçalves, primeira turma, publicado no DJE em 02/02/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_alizacao=null&processo=200802199918&b=ACOR>. Acesso em: 27 mar 2013)

CONCLUSÃO

Nesse trabalho analisamos o crédito tributário, a aplicação e regulamentação legal do instituto da prescrição tributária, focando nas hipóteses de suspensão do prazo prescricional. Conceituamos o crédito tributário como a representação do momento de exigibilidade da relação jurídico-tributária, que nasce com o lançamento tributário; e a prescrição tributária como medida punitiva da inércia do credor que extingue o crédito tributário, desde que presentes os requisitos legalmente definidos, cuja regulamentação se dá por meio de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal.

Definimos a lei complementar como norma cujo aspecto material (conteúdo) é expressamente definido pela Constituição e que obedece a processo legislativo infraconstitucional mais dificultoso, disposto no artigo 69 Constituição (forma). Frisamos que a lei complementar não é hierarquicamente superior à lei ordinária, mas que, no que concerne à prescrição tributária, seus termos devem ser observados pelas demais legislações infraconstitucionais uma vez que se trata de norma geral sobre a matéria.

Assim, considerando que o Código Tributário Nacional é lei ordinária

recepcionada pela Constituição Federal com *status* de lei complementar de normas gerais de direito tributário, a ele é reservado o tratamento da prescrição do crédito tributário, razão pela qual a hipótese de suspensão do prazo prescricional do artigo 2º, parágrafo 3º da LEF (lei ordinária específica que trata sobre a cobrança dos créditos da Fazenda Pública) não se aplica aos créditos tributários.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição de República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 27 mar. 2013.

BRASIL. *Código Tributário Nacional: promulgado em 25 de outubro de 1966*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm >. Acesso em: 27 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº 6.830: promulgada em 22 de setembro de 1980*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm >. Acesso em: 27 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 436. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Ano 2010, vol. 218, p 706. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=436&b=SUMU > Acesso em: 23 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 201001405942, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgado em 09/08/2011. Publicado no DJE em 17/08/2011. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=201001405942&b=ACOR# >. Acesso em: 27 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em sede de Recurso Especial nº AGRESP 200901333941. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Publicado no DJE em 25/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=200901333941&b=ACOR>. Acesso em: 27 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal. Federal. Súmula Vinculante nº 8. Aprovada em sessão plenária em 12/06/2008. Publicada no DJE nº 112 de 20/06/2008, p.1. Publicada no DOU de 20/06/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%288.NUME.%29%29+E+S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes&url=http://tinyurl.com/cxh8dkh>>. Acesso em: 23 mar. 2013

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE559.882-9/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicação no DJE nº 216, em 14/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%288.NUME.%29%29+E+S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes&url=http://tinyurl.com/cxh8dkh>>. Acesso em: 27 mar 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em sede de Recurso Especial nº AGRESP 200802199918, Min. Rel. Benedito Gonçalves, primeira turma, publicado no DJE em 02/02/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=200802199918&b=ACOR>. Acesso em: 27 mar. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Tributário – Linguagem e Método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DENARI, Zelmo. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas,

2008.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. Porto Alegre: Forense, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Segurança jurídica e lei complementar**. Disponível em: <http://qiscombr.winconnection.net/hugomachado/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=177>. Acesso em: 27 mar. 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

**BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA:
REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS
PATROCINADAS PELAS LEIS NºS 12.435/2011 E
12.470/2011.**

Jean Soares Moreira

Servidor da Justiça Federal - SJRN.

Mestrando em Direito pela Universidad Del País Vasco – Espanha.

Ex-professor de Direito Previdenciário da UNI/RN.

RESUMO: Este artigo trata das principais alterações promovidas na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS pelas Leis nºs 12.435/2011 e 12.470/2011, com principal enfoque na alteração do conceito de pessoa com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência Social. Lei nº 8.742/1993. Benefício de Prestação Continuada à Pessoa com Deficiência – BPC/PcD.

ABSTRACT: This article explains the main amendments fomented in the text of Social Assistance Organic Act by the Laws nº 12.435/2011 and 12.470/2011, with primary focus on the change occurred about the concept of disabled person.

KEYWORDS: Social Security (Assistance). Law nº 8.742/1993. Continued Benefit for Disabled People.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução legislativa. 3. Novo conceito de pessoa com deficiência. 4. Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde (CIF). 5. Impedimento de longo prazo. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988, inspirada no modelo idealizado pelo inglês William Henry Beveridge, tratou da Seguridade Social nos seus artigos de n^{os} 194 a 204, dispositivos esses topograficamente inseridos no Capítulo II do Título VIII, que versa sobre a Ordem Social.

Por meio do art. 194, a CRFB definiu a Seguridade Social como sendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Assim, tem-se que a Seguridade Social¹ encontra-se erigida sobre a base de um prisma triangular, cuja tríade de faces é composta pelos ramos da *saúde*, da *previdência* e da *assistência social*, respectivamente regulamentados pelas Leis n^{os} 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde - LOS), 8.213/1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social - PBPS) e 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS).

No presente artigo, o trabalho de pesquisa fincará suas raízes apenas no arenoso terreno do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência - BPC/PcD, previsto no art. 20 da Lei n^o 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e mais especificamente no trato das alterações legislativas encetadas pelas Leis n^{os} 12.435/2011 e 12.470/2011².

Neste primeiro átimo, frisa-se que o referido benefício é de grande relevância social, com beneficiários nos 5.561 municípios brasileiros, de modo que mais de 2 milhões de pessoas com deficiência recebem o benefício de prestação continuada³, sendo que dados do senso de 2010, divulgados pelo IBGE, apontam que o Brasil tem 45,6 milhões de pessoas com deficiência⁴.

Prevista apenas nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, a Assistência Social somente veio a

¹ O custeio da Seguridade Social está regulamentado pela Lei n^o 8.212/1991, de 24 de julho de 1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social - LOSS).

² Essas duas novas leis não produzem efeitos retroativos (aplicação da lei no tempo). Precedente do TRF - 4^a Região, APELREEX 0009924-76.2011.4.04.9999, Rel. Des. Federal LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, 6^a Turma, DJe de 10.10.2011.

³ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/12/05/mais-de-2-milhoes-de-pessoas-com-deficiencia-recebem-beneficio>>. Acesso em: 17 abr. de 2013.

⁴ Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/sis/lenoticia.php?id=967>>. Acesso em: 17 de abr. 2013.

ser regulamentada pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro 1993, após o decurso de mais de 5 (cinco) anos do irrompimento da nova ordem constitucional.

A seu turno, o benefício de prestação continuada – BPC, previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/1993⁵, popularmente batizado de “amparo assistencial” ou “benefício LOAS”, de caráter assistencial, não contributivo, com valor mensal de um salário mínimo, destinado à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, foi regulamentado pelo Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995⁶. Assim, seguindo a cronologia dos mencionados diplomas normativos, cumpre dizer que tão somente em janeiro de 1996, após transcorridos mais de 7 (sete) anos da previsão da prestação assistencial preconizada no inc. V do art. 203 da Constituição Federal, é que a União, via INSS, veio deferir o primeiro benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD.

Alvitra, neste íterim, chamar a atenção para o fato de que somente passados mais de 7 (sete) anos do advento da Constituição Federal de 1988 é que a República Federativa do Brasil passou a ensaiar os primeiros passos rumo à implementação de um direito fundamental, como o é o plexo de direitos que enfeixa a seguridade social, dado o seu objetivo em proporcionar o bem-estar social e a justiça social⁷ (CF, art. 193), intentando, em *ultima ratio*, conferir respeito ao primado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III)⁸.

Apenas com estas considerações preliminares, já dá para, ao menos, imaginar o cenário de desrespeito perpetrado pela República Federativa do Brasil aos direitos fundamentais catalogados no corpo da Constituição

⁵ Anteriormente ao advento da Lei nº 8.742/1993 vigeu a Lei nº 6.179/1974. Esta lei previa o benefício intitulado renda mensal vitalícia.

⁶ No âmbito do INSS, as rotinas operacionais quanto ao requerimento, concessão e manutenção foram disciplinadas por intermédio da Orientação Normativa nº 14, de 22 de dezembro de 1995.

⁷ Preâmbulo da Constituição Federal: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o *bem-estar*, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (destacado)

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III – a dignidade da pessoa humana; (...).

Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Consigna-se, ademais, que as considerações ora tecidas dizem respeito tão só ao aspecto formal, ou seja, ao trabalho legislativo de confecção de normas jurídicas. Não se está, ainda, a falar do aspecto material, da aplicação da norma à contingência social que rende ensejo à concessão do benefício de prestação continuada – BPC.

No plano prático, a despeito do convívio com o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD por mais de 17 (dezessete) anos, inúmeras têm sido as dificuldades enfrentadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS⁹ e pelo Judiciário brasileiro no trato do benefício assistencial *in comento*, o que tem rendido ensejo, aos longos dos anos, ao patrocínio de algumas alterações na legislação, com o nítido desiderato de equacionar essas questões que dificultam e impedem a real compreensão das normas iminentes ao benefício de prestação continuada.

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Partindo da matriz constitucional, o benefício de prestação continuada – BPC encontra-se agasalhado no inciso V do art. 203 da CRFB, previsto em duas espécies, quais sejam: benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD e benefício de prestação continuada ao idoso – BPC/Idoso. Eis o texto constitucional:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...) *omissis*;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria

⁹ O benefício de prestação continuada - BPC é financiado com recursos da União e operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em obséquio ao princípio da eficiência administrativa. O INSS é uma autarquia pública federal, criada pela Lei nº 8.029/1990, em decorrência da fusão do IAPAS com o INPS. Estas entidades integravam o extinto Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, instituído pela Lei nº 6.439/1977.

manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Estabeleceu a CRFB, então, a concessão de uma prestação mensal, expressa no valor de um salário mínimo¹⁰, à pessoa com deficiência e ao idoso, ambos se hipossuficientes financeiramente.

Com a edição da Lei nº 8.742/1993, o benefício de prestação continuada – BPC foi tratado no art. 20, com redação esculpida na moldura a seguir exibida:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos¹¹ ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º (...) *omissis*;

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente¹² e para o trabalho.

§§ 3º a 6º (...) *omissis*.

Veja-se que o § 2º cuidou de atribuir uma definição para a pessoa com deficiência, e disse ser aquela incapacitada para o exercício do *labor* e para viver de forma independente.

Para regulamentar a concessão do benefício de prestação continuada – BPC à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, o Poder Executivo editou o Decreto nº 1.744, de 8/12/1995, e por seu versículo 2º tratou de definir quem seria considerada pessoa portadora de deficiência para fins de recebimento do BPC. Eis a dicção do comentado preceito normativo:

¹⁰ Para o ano de 2013 o salário mínimo foi fixado em R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais).

¹¹ A idade de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos a partir de 1º/1/1998, e para 65 (sessenta e cinco) anos a partir de 1º/1/2000.

¹² Incapacidade para a vida independente deve compreender, entre outras: a comunicação; atividades físicas; funções sensoriais; funções manuais (dentre as quais: capacidade de vestir-se, higienizar-se e alimentar-se); capacidade de usar meios de transporte; função sexual; sono; atividades sociais e de lazer.

Art. 2º Para os fins deste Regulamento, considera-se:

I – (...) *omissis*;

II – pessoa portadora de deficiência: aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho;

III - (...) *omissis*.

O mencionado Decreto nº 1.744/1995 foi revogado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, passando este, nos termos do inc. II do seu art. 4º, a definir pessoa com deficiência nos mesmos moldes daquele previsto no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, conforme se vê a seguir:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, *considera-se*:

I – (...) *omissis*;

II – *pessoa com deficiência*: aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho¹³;

III - *incapacidade*: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

IV - (...) *omissis*. (destacado)

A despeito de o Decreto nº 6.214/2007 ter mantido a mesma definição de *pessoa com deficiência* contida no Decreto nº 1.744/1995, cuidou, no entanto, de atribuir uma definição ao *estado de incapacidade*. Neste passo, conforme anterior destaque, incapacidade seria o “fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”.

¹³ A redação original do inc. II do Dec. nº 6.214/2007 foi alterada por força do Dec. nº 7.617/2011.

Assim, embora que ainda de forma muito incipiente, a nossa legislação passou a acenar para a primordial função do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD, qual seja: a inclusão social.

Um novo cenário passa a ser erigido para o BPC/PcD em decorrência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, adotados no dia 13 de dezembro de 2006 pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York, e assinados no dia 30 de março de 2007.

A intitulada Convenção de Nova York, por seu artigo primeiro, define¹⁴ pessoa com deficiência nos seguintes moldes:

Art. 1º - O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (destaque acrescido)

O Congresso Nacional, via Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, aprovou a retrocitada Convenção, tendo o Governo brasileiro editado o ato de promulgação por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Não custa lembrar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência constitui a única Convenção sobre direitos humanos aprovada, até o presente momento, segundo o rito previsto no § 3º do art. 5º da CRFB, internalizada, portanto, como norma constitucional formal e material (*status* de Emenda Constitucional).

¹⁴ Romeu Kazumi Sassaki diz que a Convenção não estabelece um conceito para *pessoas com deficiência*, mas sim uma explicação sobre quem são essas pessoas. (SASSAKI, Romeu Kazumi. Quem está incluído na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? *Revista Reação*, ano XIV, nº 80, p. 12-15, mai.-jun., 2010).

Sob este pórtico, a partir desse novo conceito de *pessoa com deficiência* que a República Federativa do Brasil passou a adotar em norma de envergadura constitucional, o legislador infraconstitucional viu-se premido a promover alterações na legislação ordinária afeta à matéria.

Em 6 de julho de 2011, irrompeu, no mundo jurídico, a Lei nº 12.435, diploma legal que patrocinou várias mudanças na Lei nº 8.742/1993 (LOAS), aqui merecendo realce a nova roupagem conferida ao § 2º do art. 20, *ipsis verbis*:

Art. 20. (...).

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

(...).

Conforme se vê, o inciso I do § 2º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS passa a reproduzir o conceito de *pessoa com deficiência* concebido no art. 1º da Convenção de Nova York. No entanto, o legislador ordinário laborou em erro ao atribuir uma definição a *impedimentos de longo prazo*.

Estatuiu o legislador infraconstitucional, por meio da Lei nº 12.435/2011, que *impedimentos de longo prazo* seriam aqueles “que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”.

Ora, o estado *de incapacidade para a vida independente e para o trabalho* era justamente o que se encontrava previsto na nossa legislação no período precedente à promulgação da Convenção Nova York. Assim, o legislador ordinário, em patente afronta à nova norma constitucional, insensível à substancial alteração do conceito de pessoa com deficiência, tratou de restaurar o antigo conceito ao pretender definir *impedimento de longo prazo*.

Percebendo o equívoco perpetrado, em pouco mais de um mês após o advento da Lei nº 12.435/2011, foi editada a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, promovendo novas alterações no art. 20 da Lei nº 8.742/1993, aqui merecendo destaque a redação revelada pelo seu § 10:

Art. 20. (...).

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, *aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.*(grifado)

A seu turno, o Decreto nº 6.214/2007 teve o seu conteúdo substancialmente alterado pelo Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011, merecendo relevo, nesta ocasião, as novas disposições esposadas pelo art. 4º do seu anexo:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...);

II - *pessoa com deficiência*: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas; (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

III - *incapacidade*: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

§ 1º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício

de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

(...);

§ 3º *Considera-se impedimento de longo prazo* aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011) (grifado)

Com efeito, eis o relato da evolução da nossa legislação envolvendo a temática do benefício assistencial de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD, partindo do texto constitucional, passando pela lei ordinária e descendo até o decreto regulamentar, histórico este que, por si só, já se mostra bastante para evidenciar um quadro de muita complexidade na compreensão e aplicação da reportada prestação social, quer seja por parte dos operadores do direito (juízes, promotores e advogados), quer seja por parte dos profissionais médicos (peritos e assistentes do perito) e assistentes sociais.

1. NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Das várias alterações promovidas pela Lei nº 12.435/2011 na Lei Orgânica da Assistencial Social – LOAS, duas delas são sentidas com muita intensidade, a saber: a nova definição da composição do núcleo familiar, para fins de apuração da renda mensal *per capita*¹⁵, e o novo conceito conferido à pessoa com deficiência.

O § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 passou a preconizar um “novo” conceito de família, estabelecendo que a *família* é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros

¹⁵ § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Este preceito legal foi declarado *inconstitucional* pelo STF na Reclamação nº 4.374. Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: 1º mai. 2013.

e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. Já a revogada redação do mencionado § 1º, atribuída pela Medida Provisória nº 1.473, de 08 de agosto de 1997, transformada na Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998, preconizava que se entendia como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/1991¹⁶ (PBPS)¹⁷.

Esse novo regramento da composição familiar é mais flexível ou mais rígido do que o disciplinamento anterior?

De fato, não dá para empunhar esta ou aquela bandeira, ou seja, se o novo disciplinamento é mais benéfico ou se é mais maléfico, pois, somente à luz do caso concreto, a depender de qual(is) membro(s) integrantes(s) do núcleo familiar possui(em) renda¹⁸, é que se mostra possível aferir a benevolência ou malevolência do novo regramento jurídico insculpido no § 1º do art. 20 da LOAS, conforme destacam Melissa Folmann e João Marcelino Soares¹⁹:

¹⁶ Art. 16 da Lei nº 8.213/1991. “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

IV - (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

(...);

§ 2º . O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

(...)”.

¹⁷ Redação original do § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, vigente até 11 de agosto de 1997: “Para os efeitos do disposto no *caput*, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes”.

¹⁸ Art. 34 da Lei nº 10.741, de 1º/10/2003 (Estatuto do Idoso). “Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. *O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas*”. (grifado). Este parágrafo único foi declarado *inconstitucional* pelo STF na Reclamação nº 4.374. Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: 1º mai. 2013.

¹⁹ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. LOAS. Alterações pelas Leis 12.435/11 e 12.470/11. Breves considerações. Disponível em: <<http://ibdp-direito-previdenciario.jusbrasil>>.

A alteração do grupo familiar afetou diretamente a comprovação do requisito socioeconômico (observe-se que a alteração seguiu as regras da concepção civil de família do CCB, art. 1.511 e seguintes). A regra é que a ampliação do grupo familiar, com a inserção de filhos, enteados e irmãos maiores de 21 anos (desde que solteiros), diminua a concessão dos benefícios. Como na maioria dos casos estes componentes são economicamente ativos, a sua renda passa a ser considerada no cálculo da renda *per capita* do requerente, aumentando-a, dificultando-se o preenchimento do requisito socioeconômico. Por outro lado, pode-se ocorrer que a ampliação do grupo familiar, em alguns casos, facilite a comprovação do requisito socioeconômico pelo requerente. Tudo irá depender se estes novos componentes que foram inseridos no grupo familiar possuem ou não, no caso concreto, alguma renda.

Tecidas essa breves considerações acerca da nova definição da composição do núcleo familiar, passa-se a uma mais acurada análise do novo conceito conferido à pessoa com deficiência.

Impende aduzir que a alteração de maior relevo patrocinada pela Lei nº 12.435/2011, sob o influxo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova York), foi a substancial alteração na concepção do que vem a ser *pessoa com deficiência*. Aliás, a alteração já começa pela própria designação, pois a legislação abandona a expressão *pessoa portadora de deficiência* e passa a adotar a insígnia de *pessoa com deficiência*.

Essa evolução conceitual sobre deficiência é bem retratada no relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho Interministerial – GTI²⁰, instituído

com.br/noticias/2828007/loas-alteracoes-pelas-lei-12435-11-e-12470-11-brevres-consideracoes>. Acesso em: 26 abr. 2013.

²⁰ O Governo Federal instituiu por meio da Portaria nº 001, de 15 de junho de 2005, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), formado por técnicos do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e do Ministério da Previdência Social (MPS), para desenvolver estudos e pesquisas sobre Classificação de Deficiência e Avaliação de Incapacidades. O trabalho faz parte das ações que visam à proposição de parâmetros, procedimentos e instrumentos de avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC.

pela Portaria nº 001, de 15 de junho de 2005, p. 26-27, conforme se vê no trecho adiante reproduzido:

Houve, nos últimos anos, uma evolução no entendimento da concepção de deficiência, das condições sociais e dos direitos sociais concernentes às pessoas com deficiência, bem como das responsabilidades do poder público e da sociedade. Nota-se ainda *que essa evolução vem sendo acompanhada por mudanças na terminologia* incorporando-se as novas descobertas técnicas e científicas e as visíveis conquistas sociais, com a universalização e qualificação da comunicação sobre o tema.

O Decreto 3.298/99 define deficiência como sendo *“perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividades, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”*.

A Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência, ratificada pelo Brasil, conceitua pessoa com deficiência, para efeitos desse tratado, *“toda pessoa cujas perspectivas de conseguir e manter um emprego conveniente e de progredir profissionalmente são sensivelmente reduzidas em virtude de uma deficiência física (aqui incluída as deficiências sensoriais) ou mental devidamente reconhecida”*.

O Decreto nº 3.956/01 aplica uma definição mais ampla de deficiência: *“restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”*. A deficiência, portanto, diz respeito à alteração em um órgão ou estrutura do corpo humano, que resulta nas restrições citadas limitando a capacidade de exercer atividades da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente, envolvendo também aspectos sociais e econômicos.

A Resolução nº 48/96, da Organização das Nações

Unidas, que aprova as Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas Portadoras de Deficiência, em seu art. 17, considera como deficiência “a perda ou limitação de oportunidades de participar da vida comunitária em condições de igualdade com as demais pessoas”. Essa definição de deficiência tem como objetivo levar a sociedade a se conscientizar da importância da adequação do meio físico e das atividades oferecidas, tais como informação, comunicação e educação, que propiciem às pessoas com deficiência de participar em condições de igualdade com os demais cidadãos.

À medida que avançam as conquistas pela inclusão social, termos, denominações e conceituações mais apropriados ao atual patamar de valorização dos seres humanos vão sendo incorporados pela sociedade.

Com isso, o intento é fazer com que a sociedade altere o foco de visualização do *estado de incapacidade*, transpondo-o *da pessoa com deficiência para o ambiente físico e social*, no desiderato de se promover a inclusão social e permitir uma vida comunitária isonômica com os demais membros da sociedade. Desse modo, a incapacidade não mais poderá ser aferida levando-se apenas em consideração a(s) limitação(ões) presente(s) na pessoa com deficiência, sendo imprescindível levar em consideração os fatores sociais que a circundam.

O antecitado relatório do Grupo de Trabalho Interministerial – GTI²¹, com muita propriedade, consigna o seguinte comentário:

Deficiência nunca será o oposto de eficiência. O oposto de eficiência é ineficiência. *A ideia da falta de algo não impede o indivíduo de estar inserido na sociedade e no mercado de trabalho.* Ter uma deficiência não significa ser menos capaz do que qualquer outra pessoa. (destacado)

Seguindo as pegadas desta nova forma de pensar, bem assim diante da necessidade de se harmonizar o conceito de pessoa com deficiência contido

²¹ *Op .cit.*, p. 27.

na Lei nº 8.742/1993, ao novo conceito de patamar constitucional esboçado na Convenção de Nova York, o legislador ordinário editou a Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, atribuindo um novo figurino redacional ao § 2º do art. 20 da LOAS.

Assim, pessoa com deficiência deixa de ser aquela *incapacitada para a vida independente e para o trabalho*, e passa a ser considerada a *pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (visão ou audição)²², impedimentos estes que, interagindo com barreiras sociais, obstaculizam a plena e efetiva participação comunitária em pé de igualdade com as demais pessoas.*

Oscar Valente Cardoso²³ sintetiza o novo conceito legal nos seguintes moldes:

..., é considerado deficiente a pessoa que tenha um impedimento de longo prazo (no mínimo 2 anos), que lhe cause incapacidades biológicas (físicas, intelectuais ou sensoriais) e limitações ao seu desempenho social (barreiras derivadas dos próprios limites biológicos, seja pelas dificuldades inerentes a eles, seja pela inexistência de adaptação física à deficiência, que dificultem a interação social) para sua vida independente e laborativa.

Com efeito, enfatiza-se que o destinatário do benefício de prestação continuada - PBC é a pessoa com deficiência, de modo que se afigura urgente a necessidade de se extirpar das mentes dos operadores do direito e dos médicos peritos (do INSS e judiciais) a vetusta ideia de que o beneficiário da prestação assistencial em comento seja a pessoa incapacitada para o trabalho.

Convém assinalar que, antes mesmo dessas novas alterações ocorridas na legislação, Marisa Ferreira dos Santos²⁴ já externava o entendimento de que o destinatário do benefício pecuniário previsto no art. 203, inc. V, da CRFB, seria a pessoa com deficiência, e não a pessoa incapacitada para a

²² No impedimento sensorial não se incluem os seguintes sentidos: tato, paladar e olfato.

²³ CARDOSO, Oscar Valente. Benefício Assistencial e Lei nº 12.435/2011: Redefinição do Conceito de Deficiência. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10131>. Acesso em: 25 abr. 2013.

²⁴ SANTOS, Marisa Ferreira dos. Assistência Social: benefícios. Revista de Direito Social, v 1, nº 2, p. 43-44, 2001.

vida independente e para o trabalho. Assim se expressou:

A interpretação histórica do art. 203, V, da Constituição noticia que o legislador constituinte quis promover a integração das pessoas portadoras de deficiências físicas e/ou psíquicas ao meio social, propiciando-lhes, principalmente, acesso a postos de trabalho, (...) De modo que, pensamos, *o grupo selecionado pelo legislador constituinte para ter proteção do BPC foi o das pessoas com deficiência, e não o das pessoas incapazes para a vida independente e para o trabalho.*

Aliás, é bom lembrar que nem todas as pessoas com deficiência são incapazes para a vida independente e para o trabalho. E nem todas as pessoas incapazes são pessoas com deficiência. (grifado)

Pelo mesmo caminho do entendimento retro esposado, trilham as considerações tecidas por Eugênia Augusta Gonzaga²⁵:

No artigo 20, § 2º, a LOAS definiu o termo “pessoa portadora de deficiência”, como se esta definição fosse necessária e já não constasse de outros diplomas legais e infralegais. Fez muito mal, pois definiu pessoa com deficiência, para efeito deste benefício, como aquela *incapacitada para a vida independente e para o trabalho* (art. 20, § 2º). Tal definição choca-se, frontalmente, com todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa que tem deficiência. Num momento em que se procura ressaltar os potenciais e capacidades da pessoa com deficiência, por esta lei, ela deve demonstrar exatamente o contrário. *Nossa Constituição, que não foi observada pela LOAS, estabeleceu este benefício para a pessoa com deficiência, e não para a pessoa incapaz, termos que não são sinônimos e não deveriam ser associados para qualquer fim*, sob pena de se estimular a não preparação dessas pessoas para a vida em sociedade. Aliás, é o que está acontecendo na prática, em razão dessa disciplina

²⁵ *Apud* SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114-115.

da LOAS. Muitos pais acabam impedindo seus filhos com deficiência de estudar e de se qualificar, justamente para não perderem o direito a esse salário mínimo.

Sob este flanco, a manter-se a ideia de que o BPC é devido apenas ao deficiente incapacitado para o trabalho, significa dizer que esse direito constitucional fundamental cumpre sua função às avessas, porquanto, em vez de servir como instrumento de integração social, culmina por patrocinar a manutenção da exclusão social e o letárgico estado de miserabilidade.

Ademais, na seara da proteção à pessoa com deficiência, não deve ser feita uma interpretação em tiras da legislação afeta a esta temática, mas, sim, lançar mão da interpretação sistemática, e, neste iter, não se pode olvidar das disposições tracejadas na Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências²⁶.

Como se pode inferir do texto da Lei nº 7.853/1989, à pessoa com deficiência é assegurado o direito ao trabalho:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

(...);

III - na área da formação profissional e do trabalho:

²⁶ A Lei nº 7.853/1989 encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

- a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
 - b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
 - c) a *promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;*
 - d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;
- (...). (grifos acrescentados)

À luz da norma jurídica retro esculpida, impossível defender a intelecção de que o BPC seria devido ao deficiente incapacitado para o trabalho, pois tal conduta implicaria, em *ultima ratio*, integrar a prestação assistencial pecuniária à sua esfera jurídica, sendo que, ao mesmo tempo, estaria sendo espoliado o fundamental direito ao trabalho, bem jurídico este de primordial relevância à inserção social.

Mister aduzir, no entanto, que não se está, aqui, a defender que o BPC deva ser concedido indistintamente até mesmo ao deficiente que trabalha. Não é este o pano de fundo da questão presente. A proposição ora sustentada é a de que a existência de capacidade laborativa ostentada pela pessoa com deficiência não pode constituir óbice ao gozo da prestação assistencial pecuniária *in comento*, especialmente pelo seu apanágio de servir de instrumento de (re)inclusão social.

A despeito da regra plasmada no *caput* do art. 21-A da LOAS²⁷, a

²⁷ Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempendedor individual.

§ 1º. Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do

antecipada afirmação faz-se tão pertinente que chega até ser expressamente confirmada pelo próprio preceito legal em referência, conforme revela o § 2º, no tocante à figura do deficiente aprendiz; *litteris*:

Art. 21-A. (...);

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Ademais, não se pode olvidar que a integração ao mercado de trabalho constitui um dos objetivos da Assistência Social, conforme previsão contida na alínea “c” do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.742/1993:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

(...);

c) a *promoção da integração ao mercado de trabalho*; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

(...). (destaque acrescido)

Neste flanco, a ser mantido o entendimento de que o deficiente beneficiário do BPC não pode exercer atividade laboral, implica dizer que, no verso da moeda deste bônus, ao absoluto e total arrepio do ordenamento jurídico, encontra-se o ônus decretado pelo Estado de permanente inserção da pessoa com deficiência na situação de hipossuficiência econômica, haja vista que a só prestação pecuniária no valor de um salário mínimo mostra-se insuficiente para atender as mínimas necessidades da vida. Outrossim, não custa lembrar que o *princípio do valor social do trabalho* constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, inc.

pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no *caput* do art. 21.

IV), de forma que a pessoa com deficiência, iniludivelmente, não pode ficar alijada do direito ao trabalho (CRFB, art. 6º, *caput*).

Segundo Ana Lígia Gomes²⁸, o BPC “encontra sua identidade na proteção básica, pois visa garantir aos seus beneficiários o direito à convivência familiar e comunitária, bem como, o trabalho social com suas famílias, contribuindo para o atendimento de suas necessidades e para o desenvolvimento de suas capacidades e de sua autonomia”.

Exsurge, portanto, indene de dúvidas, que o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD não pode figurar como sendo uma intransponível barreira ao processo de inserção social, pois, ao contrário, o primacial desiderato da prestação assistencial pecuniária sob comentário serve, justamente, à eliminação de *barreiras sociais*, porquanto figurarem como sendo as reais motivações de imposição de dificuldades ou impossibilidades de o deficiente conviver de forma plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por assim ser, põe-se em destaque, de forma reiterativa, que a vislumbrada dificuldade ou impossibilidade de convivência social, por parte da pessoa com deficiência, está umbilicalmente ligada a fatores ambientais (constituem o ambiente físico, social e atitudinal em que as pessoas vivem e conduzem sua vida), e não à deficiência de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

4. CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE, INCAPACIDADE E SAÚDE (CIF)

Diante da alteração de critério para fins de concessão do BPC/PcD, após o abandono do conceito de incapacidade para o exercício do *labor* e para a prática dos atos da vida civil, por parte da Lei nº 8.742/1993, com a conseqüente adoção do conceito de impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, esta avaliação passou a ser feita com base na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF.

²⁸ GOMES, Ana Lígia. Benefício de Prestação Continuada: direito da Assistência Social para pessoas idosas e com deficiência. Cadernos de Estudos: desenvolvimento social em debate, Brasília/DF, nº 2, dez., 2005, p. 61.

Sobre a CIF, extrai-se do relatório do Grupo de Trabalho Interministerial – GTI²⁹ as seguintes informações:

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), aprovada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), permite classificar, em nível mundial, a funcionalidade, a saúde e a deficiência do ser humano, estabelecendo outros paradigmas em contraposição a ideias tradicionais sobre saúde e deficiência. A inclusão de novos paradigmas resulta de um esforço de sete anos de trabalho, do qual participaram ativamente 65 países. Foram empreendidos rigorosos estudos científicos, de forma que a CIF pode ser aplicada independentemente da cultura, grupo etário ou sexo, possibilitando o recolhimento de dados confiáveis e susceptíveis de comparação, relativamente aos critérios de saúde dos indivíduos e das populações.

A CIF foi aceita como uma das classificações sociais das Organizações das Nações Unidas (ONU), e incorpora as Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência. É adotada por 191 países, entre os quais o Brasil, como nova norma internacional para descrever e avaliar a funcionalidade, a incapacidade e a saúde, constituindo, portanto, um instrumento apropriado para implementar as normas internacionais relativas aos direitos humanos, assim como as legislações nacionais. Enquanto os indicadores tradicionais baseiam-se em taxas de mortalidade da população, a CIF focaliza seu interesse no conceito “vida”, considerando a forma como as pessoas vivem seus problemas de saúde e possíveis formas de melhorar suas condições de vida com vista a uma existência produtiva e enriquecedora. Essa nova classificação tem implicações sobre a prática da medicina, sobre legislação e políticas sociais destinadas a efetivar e melhorar a qualidade do acesso aos cuidados de saúde, bem como à proteção de direitos individuais e coletivos. E considera, ainda, os aspectos sociais da deficiência

²⁹ *Op. cit.*, p. 31-33 e 42.

e propõe um mecanismo para identificar o impacto do ambiente social e físico sobre a funcionalidade da pessoa.

(...)

Em pleno século XXI, há ainda mulheres, homens, jovens e crianças que têm vida confinada às paredes da própria casa ou são segregados em instituições. São pessoas que a sociedade considera incapazes de ter uma vida normal porque, numa visão tecnocrática, a natureza ou gravidade da sua deficiência assim o determina.

Esse conceito baseia-se no modelo médico da incapacidade, que vigorou, e continua a vigorar em definições usadas na maioria das legislações dos países. Sobre isso a CIF assim se pronuncia *“No modelo médico, a incapacidade é entendida como um problema da pessoa, consequência direta de uma doença, de um traumatismo ou de outro problema de saúde, que necessita de cuidados médicos fornecidos sob a forma de tratamento individual por profissionais. Os cuidados em relação à incapacidade visa à cura, à adaptação do indivíduo ou à alteração do seu comportamento. Os cuidados médicos são entendidos como sendo a questão principal e, em nível político, a principal resposta consiste em modificar ou reformar as políticas de saúde”*. (CIF: 2003, p.32).

Já no chamado modelo social, a incapacidade, ao contrário, passou a ser entendida principalmente como um problema criado pela sociedade e uma questão de inclusão completa dos indivíduos na sociedade. A incapacidade não é um atributo da pessoa, mas uma consequência de um conjunto complexo de situações, das quais um número razoável é criado pelo meio ambiente social. Assim, a solução do problema exige que as medidas sejam tomadas em termos de ação social, e é da responsabilidade coletiva da sociedade no seu conjunto, introduzir as mudanças ambientais necessárias para permitir às pessoas com deficiência participarem plenamente em todos os aspectos da vida social. A questão é, pois, da ordem das atitudes ou ideologias; necessita de uma alteração social, que, ao nível político se traduz em termos de direitos da pessoa

humana. Segundo este modelo, a incapacidade é uma questão política (CIF: 2003, p.32).

A CIF baseia-se em uma integração desses dois modelos. “Uma abordagem ‘biopsicossocial’ é utilizada para obter a integração das várias perspectivas de funcionalidade.

Assim, a CIF tenta chegar a uma síntese que ofereça uma visão coerente *das diferentes dimensões de saúde sob uma perspectiva biológica, individual e social.*” (2003. p.32, grifo nosso). Impôs-se, assim, uma nova abordagem da incapacidade. O âmbito da discussão e análise nessa matéria passou do simples equacionar de soluções pontuais para se situar no plano mais amplo.

Assim a CIF o utiliza o termo “incapacidade” para *“denotar um fenômeno multidimensional que resulta da interação entre pessoas e seu ambiente físico e social. É importante destacar que a CIF não é, de forma alguma, uma classificação de pessoas. Ela é uma classificação das características de saúde das pessoas dentro do contexto das situações individuais de vida e dos impactos ambientais”.*

(...).

Esses predicados determinaram o abandono do “modelo médico” em que a incapacidade é entendida como um problema da pessoa, consequência direta de uma doença, de um traumatismo ou de outro problema de saúde, que necessita de cuidados médicos fornecidos sob a forma de tratamento individual por profissionais. O tratamento da incapacidade visa à cura, à adaptação do indivíduo ou à alteração do seu comportamento. A incapacidade não é um atributo apenas da pessoa, mas é consequência de várias relações e situações presentes, onde fatores ambientais, abrangendo aspectos sociais, familiares, físicos e econômicos ganham relevância. Busca-se uma abordagem que ofereça uma visão das diversas dimensões que envolvem a temática buscando a integração das várias perspectivas de funcionalidade.

Miguel Horvath Júnior³⁰ tece os seguintes comentários, *ad litteris*:

³⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 9ª ed. – São Paulo: Quartier Latin,

A CIF é um novo sistema de classificação que faz parte da família de classificações internacionais da Organização Mundial de Saúde – OMS. Seve como padrão universal para descrever, avaliar e medir a saúde e a incapacidade quer individual quer populacional.

Em 2001, os Estados-membros da OMS concordaram em adotar a CIF como a base para a padronização científica mundial de dados sobre saúde e incapacidade. É uma ferramenta importante para planejamento das políticas públicas legadas às mais diversas áreas, em especial saúde e assistência social. A CIF pode ser aplicada para estatísticas, pesquisa, clínica, política social e elaboração de programas educativos. Serve para coleta e registro de dados e, também, para avaliação da qualidade da vida e fatores ambientais. Pode servir para nortear a implementação de benefícios sociais.

A OMS entende que a CIF deve ser utilizada para uma variedade de usos, para responder a uma ampla faixa de questões envolvendo temas clínicos, de pesquisa e de desenvolvimento de pesquisas. A faculdade de saúde pública da USP/SP em seu site <http://www.fsp.usp.br> tem publicado um guia para principiantes sobre a CIF. (...).

A incapacidade pode ser vista sob o enfoque social. Do ponto de vista do modelo médico, a incapacidade é um atributo da pessoa relacionado a doença, trauma ou condição de saúde. Do ponto de vista do modelo social a incapacidade é um problema socialmente criado e não totalmente um atributo do indivíduo. A proposta da OMS é que a incapacidade possa ser vista sob o prisma dos dois modelos. Chamam de modelo biopsicossocial.

Essa nova realidade está bem retratada no conceito de pessoa com deficiência, segundo o pensamento de Luiz Alberto David de Araújo³¹:

2012, p 129-130.

³¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência - Tese de Doutorado - PUC/SP - 1992. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id248.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. *O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade.* O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. *O grau de dificuldade para a integração social definirá quem é ou não portador de deficiência.* (grifado)

Com feito, seguindo o modelo biopsicossocial, a perícia médica não deve e não pode mais ficar adstrita apenas e tão somente às considerações acerca do aspecto biológico do periciando (impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial), sendo mister a análise do aspecto sociológico (interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com os demais membros da sociedade)³².

A partir da adoção desse novo critério, sobressai a importância do laudo social para a concessão do BPC/PcD, elaborado por Assistente Social, peça técnica de caráter obrigatório na seara administrativa, a partir do advento da Lei nº 12.435/2011, consoante previsão contida no § 6º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993³³.

5. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO

A Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011³⁴, ao atribuir nova redação ao inciso II do § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, preconizou que *impedimentos de longo prazo* seriam aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho *pele prazo mínimo de 2 (dois) anos*.

Após o decurso de pouco mais de um mês do irrompimento da Lei nº 12.435/2011, adveio a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011³⁵, promovendo novas alterações no mencionado art. 20 da LOAS.

³² Vide Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1, de 24/5/2011, publicada no DOU de 26/5/2011.

³³ § 6º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993: “A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e *avaliação social* realizadas por médicos peritos e por *assistentes sociais* do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS”. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) (grifado)

³⁴ Publicada no DOU de 7/7/2011.

³⁵ Publicada no DOU de 1º/9/2011.

Das novas alterações trazidas pelo novel diploma legal, desperta a atenção àquela que confere um novo conceito ao instituto do *impedimento de longo prazo*, mormente ao aspecto temporal previsto. Estatui o § 10 do art. 20:

Art. 20. (...).

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, *aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.* (destaque acrescido)

A imposição de um critério temporal objetivo (2 anos), por parte do legislador infraconstitucional, tem o nítido intento de restringir a concessão do BPC/PcD, dado o entendimento jurisprudencial vetorizado no sentido de que a transitoriedade da incapacidade não constitui óbice à concessão do benefício assistencial³⁶. Com isso, o legislador pretendeu vedar a concessão do BPC/PcD quando a transitoriedade da incapacidade operar-se por um interregno temporal inferior a um biênio.

Nesta toada, indaga-se: há compatibilidade do § 10 do art. 20 da LOAS com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?

A censura formulada ao § 10 do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 diz respeito ao fato de o legislador ordinário ter fixado um lapso temporal mínimo de 2 anos, para fins de configuração de um quadro de impedimento de longo prazo, quando, por sua vez, tal limitação temporal não se encontra prevista no texto do art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova York).

Eclode, nesta balada, um relevante questionamento: o conceito constitucional de deficiência pode ser restringido por lei ordinária?

Merece ser frisado que o art. 2º da aludida Convenção tratou de conferir definições a vários institutos nela contemplados, o que, iniludivelmente, leva a se concluir que a ausência de um conceito do que vem a ser impedimento de longo prazo no corpo da Convenção de Nova York foi intencional, portanto, trata-se de um silêncio eloquente, de sorte que não incumbiria ao legislador ordinário extrapolar os limites do seu poder

³⁶ Súmula nº 48 da TNU: “A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”.

regulamentar, dispondo diversamente da norma de naipe constitucional (formal e material), pois, como dito alhures, a mencionada convenção foi aprovada segundo o rito e o quórum previstos no § 3º do art. 5º da CRFB, portanto, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional.

Percucientes são considerações levadas a efeito por Melissa Folmann e João Marcelino Soares³⁷:

Mas o cenário foi alterado em 25.08.09 quando o Brasil concluiu a ratificação da Convenção de Nova York recepcionando-a como Emenda Constitucional adotando um conceito constitucional de deficiência.

Desta feita, a primeira consideração a ser traçada encontra-se na esperança de a interpretação da expressão deficiência para fins de concessão do benefício assistencial seja atrelada aos 2 anos previstos na Lei 12.435/11 no sentido de revisão a cada dois anos e não no sentido de se exigir da pessoa uma prova de que sua deficiência já se consumou há dois anos ao tempo do requerimento do benefício ou mesmo de que durará os exatos 2 anos.

Caso contrário, (...), *temos que a Lei 12.435/11 é materialmente inconstitucional por vício convencional de controle de constitucionalidade das leis*, pois ao impor o prazo de 2 anos como requisito de verificação da deficiência disse mais do que a CF/88 quis dizer com a ratificação da Convenção que não prevê prazo, mas sim condições objetivas de verificação da deficiência. (destaque acrescido)

No passo seguinte, os antecitados doutrinadores arrematam:

A partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, pode-se concluir que o objetivo da

³⁷ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. LOAS. Alterações pelas Leis 12.435/11 e 12.470/11. Breves considerações. Disponível em: <<http://ibdp-direito-previdenciario.jusbrasil.com.br/noticias/2828007/loas-alteracoes-pelas-lei-12435-11-e-12470-11-breves-consideracoes>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

assistência social no Brasil é atender o cidadão privado do mínimo de dignidade humana. Conjugando-se esta afirmação com a expressão deficiência prevista na CF/88, art. 203, V e na Convenção de Nova York, temos que não há como se exigir do cidadão a prova de deficiência por no mínimo 2 anos antecedentes a fim de poder perceber o benefício, sob pena de esvaziar a pretensão constitucional de inserção social dos portadores de deficiência de baixa renda.

O real intuito constitucional certamente não se resume a concessão de salário mínimo ao portador de deficiência irreversível e já consumada no tempo de 2 anos, mas à proteção do portador de deficiência que pode ter sido vitimado da mesma 1 dia antes do requerimento e encontra-se em estado de miserabilidade.

A aplicação da Lei 8.742/93, art. 20, §§ 1º e 2º em sentido diverso, implica no retrocesso do direito social ao benefício assistencial ao portador de deficiência que deverá ficar à sua própria sorte por 2 anos para só então poder se valer do benefício, ou pior, deverá conseguir provar ao tempo da DER que sua deficiência será objetivamente por, no mínimo 2 anos.

Defensores das duas posições já surgiram, tanto da necessidade dos 2 anos antes da DER quanto da prova de deficiência por 2 anos subsequentes.

Esqueceram, todavia, de que o benefício assistencial não tem caráter permanente e nem almeja sê-lo em um Estado de Direito Social, como inclusive positiva a Lei 8.742/93 no art. 21, ao prever a revisão do mesmo de 2 em 2 anos. Pelo contrário, o verdadeiro Estado Social concede o assistencialismo desejando a inclusão social daqueles que estão à margem da sociedade, sendo inconcebível defender um prazo para esta deficiência, quando a própria lei prevê que cessada a deficiência cessa o benefício.

Carla Evelise Justino Hendges e Eugélio Luis Müller³⁸ fazem o comentário

³⁸ HENDGES, Carla Evelise Justino; MÜLLER, Eugélio Luis. Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. Porto Alegre: ed. Lex Magister, nº 12, dez.-jan., 2013, p. 18.

adiante reproduzido:

Assim, apesar do esforço do legislador em conceituar deficiência, ganha força hoje a discussão de saber-se se os dois anos para caracterizar o impedimento de longo prazo devem ser anteriores à DER (Data de Entrada do Requerimento) ou se é necessária a prova da deficiência por no mínimo dois anos após a DER.

Entretanto, não podemos esquecer que esse requisito não foi exigido pelo legislador constitucional, muito menos pela Convenção de Nova York (incorporada como Emenda Constitucional), o que nos permite deduzir que, num primeiro momento, a sua exigência é flagrantemente inconstitucional. (grifado)

Outrossim, salutar se faz o registro de que o preceito legal *sub oculi* foi declarado inconstitucional pelo Juiz Federal Georgius Luís Argenti Príncipe Credidio, nos autos do processo 0502284-55.2011.4.05.8311, em trâmite na 30ª Vara Federal (Subseção Judiciária de Jaboatão dos Guararapes/PE), no exercício do controle difuso de constitucionalidade, consoante se infere dos excertos da sentença³⁹ adiante reproduzidos:

Em síntese, segundo as proposições normativas das Leis nºs 12.435/11 e 12.470/11, para que a pessoa seja considerada deficiente e credora do benefício assistencial, o impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial deve incapacitá-la para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Cabe, então, verificar a compatibilidade da locução “pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” e do § 10º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, com o art. 203, inc. V, da CR, assim como no atinente às diretivas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/08; Decreto nº 6.949/09), as quais, não custa repetir, estabeleceram direitos assegurados

³⁹ Sentença publicada em 17/11/2011. Disponível em: <<http://www.jfpe.jus.br>>. Acesso em: 8 mai. 2013.

por proposições normativas equivalentes à emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CR).

(...).

Dito de outro modo, o encargo estatal previsto no art. 203, inc. V, da CR, e secundado pelas diretivas do Decreto nº 6.949/09, tem como finalidade assegurar um mínimo de dignidade àquelas pessoas que, em virtude de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não dispõem de condições de se auto-sustentarem ou de serem providas por seus familiares, conforme a norma-princípio veiculada no art. 1º, inc. III, da CR.

Assim, o benefício de prestação continuada visa a assegurar a garantia do mínimo existencial para pessoas extremamente necessitadas, as quais, sem ele, não conseguem sobreviver dignamente, ou nem mesmo sobreviver.

Atente-se, também, que o conceito do art. 1º, 2ª parte, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não vincula a deficiência à incapacidade.

Portanto, de acordo com esse critério, uma pessoa pode ter deficiência, e, ainda assim, ser capaz de trabalhar e de manter uma vida independente. Se essa pessoa for economicamente miserável, deve fazer jus ao benefício de prestação continuada previsto no art. 203, inc. V, da CR.

Diante desse quadro normativo, e do conteúdo axiológico derivado dos arts. 1º, inc. III, e 203, inc. V, da CR, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, por meio da aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mais precisamente no art. 1º, 2ª parte, haja pretendido restringir a concessão da prestação continuada apenas àquelas pessoas cujo impedimento superem um determinado lapso temporal (*rectius*: mais de dois anos), mediante normatização que se mostra muito mais restritiva do que aquela que vigorava anteriormente, ou seja, o enunciado do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, antes do advento das Leis nºs 12.435 e 12.470/11.

Convém fixar bem esse ponto: a proposição contida no art. 3º da Lei nº 12.470/11, atualmente em

vigor, mostra-se muito mais restritiva e limitadora ao exercício do direito à prestação continuada do que aquela veiculada originalmente no § 2º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93.

É lícito concluir, portanto, que a locução “pelo prazo mínimo de 2 (*dois*) anos” do § 10º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, conforme a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 12.470/11, revela-se inconstitucional por mais de uma razão.

Em primeiro lugar, porque contraria, de forma direta e literal, o disposto no art. 4º, item 4, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, positivada por meio do Decreto nº 6.949/09, (...).

Daí a ilação necessária de que, segundo a ordem constitucional, por ser mais favorável à pessoa deficiente a disposição original do § 2º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, vigente quando da adesão à Convenção, não poderia a lei ordinária superveniente fixar condição mais restritiva, mediante novo requisito quanto aos impedimentos que caracterizam o estado de deficiência para fins de recebimento do benefício.

Por outro lado, e na mesma linha, o enunciado normativo contraria o princípio constitucional da proibição de retrocesso quanto aos direitos fundamentais, o qual se traduz, em matéria social e no processo de sua concretização, em dimensão negativa, quer dizer, uma vez atingido determinado patamar de proteção, o estado não deve suprimi-los ou reduzi-los, sem políticas específicas e concomitantes de compensação (STF, 2ª Turma, ARE-AgR nº 639337, Rel. Celso de Mello, j. 23.08.2011).

Em resumo, a regulamentação da norma constitucional pela lei ordinária não pode importar em condições que esvaziem o seu conteúdo, mediante limitação mais gravosa e que importa em retrocesso às conquistas atinentes à dignidade da pessoa.

Sob outro aspecto, é sabido que o poder de legislar no âmbito infraconstitucional deve ser norteado pelo critério da proporcionalidade. Com isso se quer dizer que qualquer medida ou norma infraconstitucional reguladora de direitos fundamentais deve se mostrar

compatível com o princípio da proporcionalidade (art. 5º, § 2º, da CR).

(...).

De efeito, não se compatibiliza, por um lado, com a noção de assistência social, e, por outro e mais gravemente, com a própria garantia de mínimo essencial à sobrevivência, pressupor que a transitoriedade do impedimento, por si só, é excludente do dever do estado em cumprir a prestação assegurada pela Constituição.

Nesse senso, a proposição normativa cria um *discrimen* desproporcional e intolerável, na medida em que admite a existência de pessoas deficientes economicamente miseráveis sem direito à existência digna, desde que isso se verifique por um determinado período, embora os arts. 1º, inc. III, e 203, inc. V, da CR, garantam o direito à dignidade de maneira habitual, isto é, todos tem direito a uma existência digna no decorrer de todas as suas vidas.

Logo, a consequência prática da adoção do requisito temporal é a denegação de benefícios de prestação continuada a um número significativo de pessoas que têm deficiência e vivem em condições de absoluta penúria, comprometendo as condições materiais básicas para a sua subsistência.

(...).

Por outro lado e nesse sentido, o limite de tempo mínimo do impedimento previsto na lei infraconstitucional também se revela desproporcional, visto que o considerável interregno de dois anos, para aquele que se encontra sem condições de auto-sustento, pode importar, sem nenhuma dúvida, em coarctar o próprio direito à vida (art. 5º, *caput*, da CR).

Ainda segundo essa ordem de ideias, o requisito temporal mínimo contraria o princípio da igualdade material (art. 5º, *caput*, da CR), porquanto estabeleça restrição que, embora aparentemente não determinada, torna-se determinável por meio da conformação específica da proposição normativa.

Por outros termos, a desigualdade material, embora efetivos e presentes a deficiência, o impedimento e o estado de miserabilidade, são desconsideradas por

ficção legal, mantendo-se a situação de desequilíbrio material e discriminação que a norma constitucional pretende superar por intermédio do pagamento do benefício assistencial.

Bem pesadas as coisas, a conclusão que se impõe é a de que o § 10º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, conforme a redação da Lei nº 12.470/11, pretende ressuscitar, por via transversa, o conceito de pessoa portadora de deficiência suprimido do ordenamento positivo brasileiro pelo art. 1º, 2ª parte, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, atrelando o conceito de pessoa deficiente à ideia de invalidez permanente, para fins da concessão do benefício da prestação continuada, já que é muito difícil, ou até mesmo impossível, segundo regras de experiência, que o impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial que supere dois anos apresente-se etiologicamente apenas como transitório.

Cumpre, portanto, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade e a conseqüente nulidade do § 10º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, para afastar como requisito à caracterização do impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o prazo mínimo de dois (02) anos. (grifos acrescentados)

Assim sendo, verossímeis são os argumentos da tese que proclama a existência do vício de inconstitucionalidade do § 10 do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, acrescido pela Lei nº 12.470/2011, em razão de o referido preceito escapar dos propósitos contemplados pela Convenção de Nova York.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões anteriormente esposadas, a pretexto de conclusão deste artigo, são apresentadas as seguintes proposições:

a) com a internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova York), pessoa com deficiência passa a ser aquela que tem impedimentos de

longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Suplantado, portanto, foi o conceito de que pessoa com deficiência seria aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente;

b) o destinatário do benefício de prestação continuada - PBC é a pessoa com deficiência, e não a pessoa incapacitada para o trabalho;

c) a Lei nº 7.853/1989 assegura à pessoa com deficiência o direito ao trabalho, de modo que a existência de capacidade laborativa por parte da pessoa com deficiência não pode, invariavelmente, constituir óbice ao gozo da prestação assistencial pecuniária;

d) com o abandono do conceito de incapacidade para o exercício do *labor* e para a prática dos atos da vida civil, por parte da Lei nº 8.742/1993, e consequente adoção do conceito de impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, esta avaliação passou a ser feita com base na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF. A adoção da CIF tem o real propósito de diminuir a subjetividade no ato concessório do BPC/PcD, conferindo uma certa uniformização dos critérios a serem observados por médicos e assistentes sociais, além de proporcionar a análise de aspectos sociais, diante da novel concepção de que saúde envolve, além da biologia, outros fatores (modelo biopsicossocial);

e) nos termos do modelo biopsicossocial, a perícia médica não mais fica adstrita apenas às considerações acerca do aspecto biológico do periciando (impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial), sendo indispensável a análise do aspecto sociológico (interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com os demais membros da sociedade);

f) a partir da adoção do modelo biopsicossocial pela Lei nº 12.435/2011, para fins de concessão do BPC/PcD, o laudo social elaborado

por Assistente Social passa a constituir peça técnica de caráter obrigatório, uma vez que a aferição da deficiência e do grau de incapacidade requer avaliações por profissionais das áreas da medicina (médico perito) e da assistência social (assistente social).

g) a suscitada inconstitucionalidade do § 10 do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, ao atribuir uma definição a *impedimento de longo prazo*, diz respeito ao fato de o legislador ordinário ter fixado um lapso temporal mínimo de 2 anos, quando, a seu turno, tal limitação temporal não está prevista no texto do art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova York);

h) em que pesem as várias alterações já promovidas no seio da Lei nº 8.742/1993, cumpre dizer que a efetividade do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD desafia, ainda, uma maior clareza da legislação imanente à matéria, de modo a facilitar a sua compreensão e, conseqüentemente, conferir uma maior uniformidade no processo de interpretação dos seus dispositivos legais. Muitas ainda são as dificuldades de compreensão e aplicação da legislação alusiva ao benefício de prestação continuada - BPC enfrentadas por aqueles que operam com esta matéria (juízes, promotores, advogados, médicos peritos, assistentes do perito e assistentes sociais).

Por fim, alvitra dizer que o Brasil já suplantou a fase da crise da positivação do Direito. A crise, hodiernamente enfrentada, diz respeito à efetivação do direito positivado, e, sob a perspectiva da implementação do benefício assistencial de prestação continuada à pessoa com deficiência – BPC/PcD, importa dizer que o Estado brasileiro não alcançará o seu primordial escopo, a (re)inclusão social, se esta ação estatal positiva continuar sendo mantida de forma desarticulada com outros programas, serviços e projetos governamentais, uma vez que a só concessão de uma prestação pecuniária expressa em um salário mínimo, não se mostra como sendo um instrumento hábil e suficiente a promover a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação, estes enquanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência* - Tese de Doutorado - PUC/SP - 1992. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id248.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.* / Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério da Previdência Social. __ Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério da Previdência Social, 2007.

CARDOSO, Oscar Valente. *Benefício Assistencial e Lei nº 12.435/2011: Redefinição do Conceito de Deficiência.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10131>. Acesso em: 25 abr. de 2013.

GOMES, Ana Lígia. *Benefício de Prestação Continuada: direito da Assistência Social para pessoas idosas e com deficiência.* Cadernos de Estudos: desenvolvimento social em debate, Brasília, DF, nº 2, 60 – 64, dez. 2005.

HENDGES, Carla Evelise Justino; MÜLLER, Eugélio Luis. *Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988.* Revista Brasileira de Direito Previdenciário. Porto Alegre: ed. Lex Magister, nº 12, dez.-jan., 2013.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário.* 9ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Assistência Social: benefícios.* Revista de Direito Social, v 1, nº 2, 2001.

_____. *Direito previdenciário esquematizado*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Quem está incluído na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?* *Revista Reação*, ano XIV, nº 80, mai.-jun., 2010.

À TUTELA JURISDICIONAL JUSTA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Jerusa de Oliveira Dantas Passos

Servidora pública federal da JFPE, Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Bahia – UNEB, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico.
e-mail: jerusa.passos@jfpe.jus.br

RESUMO: No presente trabalho, adotou-se como tema a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como meio de concessão da justa tutela jurisdicional. Ressaltou-se a aplicação do Direito por intermédio do processo judicial, necessitando da conscientização do magistrado do seu papel social, com atuação em harmonia com os princípios constitucionais, dotando o princípio da igualdade de especial relevo, diante do assunto eleito. Adotou-se, portanto, a prova, em especial a sua distribuição dinâmica, por ser âmbito de grande relevância no Direito Processual, para fim de concretização do direito material. Foram utilizados os ensinamentos doutrinários e os entendimentos jurisprudências pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Tutela Jurisdicional Justa. Prova. Ônus da Prova. Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito e o processo. 3. O magistrado e a Constituição Federal. 4. A prova e o ônus da prova. 5. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ato de criação é espantosamente interessante. Parte-se de uma ideia correlata a determinado tema, com força inicial suficiente a impulsionar

um vasto trabalho de pesquisa, leitura e seleção. Em seguida, já sob a influência de inúmeras informações, a ideia primeira começa a ganhar forma, mas ainda tímida pelo caráter prefacial da atividade. Parte-se, então, para a transcrição dos fundamentos, oportunidade em que, mais uma vez, a ideia sofre alterações, agora já em seu caráter transcendente ao seu criador, dotando-se de vida independente.

No presente trabalho, busca-se explicar sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como instrumento adequado à concessão de uma justa tutela jurisdicional.

O tema reflete as preocupações jurídicas referentes à efetivação dos direitos, reafirmando a instrumentalidade do processo civil perante o direito material, tendo como princípio a observância aos comandos constitucionais. Ciente da instrumentalidade do Direito em relação à finalidade de pacificação social, busca-se promover uma releitura dos institutos processuais à luz do filtro constitucional.

Ao longo da sustentação, foram citadas as inclinações doutrinárias pertinentes, todas dotadas de maestria peculiar, bem como os entendimentos jurisprudenciais correlatos ao assunto, porém sem que se suprimisse o posicionamento pessoal sustentado, agraciado pelas experiências captadas pela prática, tudo isso agregado à imensa vontade de externar algumas ideias impacientemente ainda não compartilhadas.

O prazer em realizar um estudo na seara do Direito Processual Civil ensejou a intenção de redigir sobre a tutela jurisdicional justa, especificamente sobre um instrumento processual capaz de corroborar com a sua oferta, assegurando-se sua efetividade resguardada pela Constituição Federal.

Para o alcance de tal escopo, elegeu-se a prova, em especial a teoria da distribuição dinâmica do seu ônus, para promover uma análise detida sobre a aplicação do Direito pelo magistrado, por intermédio do processo judicial, para concessão da tutela jurisdicional harmônica com o princípio constitucional da igualdade.

Sendo assim, inicialmente, percorre-se a importante explanação correlata ao Direito e ao processo, como temas indispensáveis ao alcance do propósito do presente trabalho, correlato à justa tutela jurisdicional. Em destaques históricos, descreveu-se a evolução da concepção de processo, iniciando pela fase imanentista do Direito Processual até o formalismo-valorativo, culminando nas propostas extraídas do neoprocessualismo.

Foram destacados alguns conceitos emanados da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Processo.

Em seguida, analisa-se o papel do magistrado, ressaltando a sua nobre atuação social, desprendendo-se da ideia preliminar de mero aplicador da lei e passando a ser norteador pela Constituição Federal, acolhida em seu caráter supremo no ordenamento jurídico. Destacou-se a necessidade de uma conduta ativa do julgador, porquanto a hodierna sistemática não comporta a mera função de expectador dos acontecimentos processuais.

Passa-se, então, à apreciação do instituto da prova, como seara intimamente atrelada à tutela jurisdicional, destacando a sua importância processual e adentrando o âmbito do ônus da prova, com verificação da vigente disciplina legal nos ramos processual civil e consumerista.

Por derradeiro, sem olvidar a teoria estática, desagua-se no entendimento concernente à teoria dinâmica do ônus da prova, especificando a sua correlação com o intuito de concessão da justa tutela jurisdicional, inclusive em uma visão perspectiva, diante da iminência de ingresso no ordenamento jurídico de um novel Código de Processo Civil.

Portanto, fundando-se na certeza da necessidade constante de refinar o aprendizado, por ser o conhecimento jurídico fruto advindo da permanente transformação social, o presente artigo é uma contribuição singela ao mundo da ciência.

2. O DIREITO E O PROCESSO

O Direito figura como conjunto de normas estabelecidas com o intuito de promover a pacificação social. Não obstante cada um saiba exatamente delimitar as esferas do certo e do errado, do permitido e do proibido, do lícito e do ilícito, figurará o Direito como meio coercitivo para regular as relações sociais, tornando a convivência em determinado grupo de pessoas sujeita a certos regramentos. É um sistema com normas obrigatórias, acompanhadas de sanções para a hipótese de descumprimento de seus comandos.

O Estado, com o escopo de alcançar o bem público, utiliza-se do seu poder, em sua modalidade Poder Judiciário, aplicando normas coerentes com a ordem, a justiça e a liberdade, consistindo tal atividade na jurisdição.

Embora a aplicação do Direito também seja realizada por intermédio das demais modalidades de função do Estado, percebe-se que,

predominantemente, em âmbito da Administração, o Estado é parte atuante, diretamente interessada no desfecho da aplicação, enquanto que o Poder Legislativo figura em um momento prévio, elaborando o texto abstrato, a ser utilizado pelo Poder Judiciário na aplicação ao caso concreto.

Considerando a adoção do Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal deve observar esse modelo de organização, em harmonia com as normas constitucionais, com a finalidade de abranger os seus objetivos essenciais.

Além disso, tais normas disporão sobre a própria organização do Estado, que também está obrigado a obedecer aos preceitos contidos no ordenamento jurídico, cabendo ao Poder político a seleção dos comandos normativos, que serão acolhidos desde que não ofendam os direitos fundamentais do homem, consoante sustenta a doutrina especializada.¹

Isto porque a sociedade tem sua existência destinada ao homem, de modo que a elaboração de leis prejudiciais devem ser declaradas inconstitucionais ou revogadas, pois são frutos da ignorância ou da má-fé do legislador, alheios, portanto, à finalidade do Estado e do Direito.

Nessa esteira, pode-se vislumbrar o ordenamento jurídico como sistema composto de regras e princípios, capaz de solucionar as querelas anunciadas, dotado de unicidade e completude para promover de modo satisfatório o alcance de tal intuito.

Neste sentido, define Luís Roberto Barroso que “o ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa”²

Destaque-se, por pertinência, que o Direito positivado tem origem e conteúdo harmônicos com o contexto histórico da sociedade. Mesmo assim, tem elementos constantes e semelhantes aos ordenamentos jurídicos de outros Estados, pela elementar razão de que todos correspondem ao Direito humano e universal.

Por outro lado, desprendendo-se de um grupo originário de necessidades finitas, o Direito deparou-se, após alguns séculos de marchas e contramarchas históricas, com uma sociedade complexa, de demandas diversificadas, mas sedenta de conservação dos seus pilares, a exemplo do princípio da igualdade.

As evoluções nas searas econômica, tecnologia e intelectual exigiram a criação de normas que atendessem às novas necessidades, diretamente

relacionadas com o bem comum. Surgiram, por exemplo, os direitos protetivos correlatos ao consumidor, ao meio ambiente, à criança e ao adolescente, ao idoso, ao patrimônio público, devidamente acompanhado de instrumentos processuais destinados à proteção da tutela coletiva.

Além disso, percebeu-se que não se tratava apenas de mera aplicação do texto legal, passando-se a buscar a concessão de uma tutela efetiva, independentemente do ramo do Direito tratado, observadas as peculiaridades das partes.

Possibilitou-se o acesso à justiça, bem como que o pleiteante recebesse a justa tutela jurisdicional, efetiva aos seus anseios, concretizando-se os direitos previstos na seara material.

Ademais, mesmo sendo cediço que o texto legal figura ultrapassado pela realidade social, a distância outrora imperceptível ou de pequena monta dotou-se de grande quilate.

Frise-se, por oportuno, que a causa do descompasso entre o texto legal e a realidade não é a deficiência de diplomas legais. Ao revés, o que se percebe é a grandiosa quantidade de leis, mas, sozinhas, não garantem a satisfação dos anseios dos seus destinatários com efetividade.

Ocorre que, por flagrante coerência com singelo conceito de ordenamento jurídico acima explicitado, resta evidenciado que a sociedade não será prejudicada por tal situação. Isto porque a completude do ordenamento jurídico impede que a eventual ineficiência do texto legal obste a concessão da justa tutela jurisdicional, sob pena de corromper a finalidade ínsita ao conceito de Direito.

Para concretização de tal tutela, o processo é o meio pelo qual o Estado promove a pacificação, figurando como instrumento formalizado para a aplicação do Direito, seja na seara administrativa ou judicial.

Não se pode olvidar que o processo é produto da cultura do homem, conforme descreve, com excelência, Artur Carpes:

Compreender o processo como produto da cultura do homem, e não apenas como mera técnica, pois, é o primeiro passo a ser dado para aquele que se dedica a interpretar o fenômeno na pós-modernidade. Entender que o processo não vive alheio à cultura de seu tempo, mas, pelo contrário, respira os ares do momento histórico em que está inserido é, pois, de

todo fundamental. [...] O imanente caráter cultural do processo passa, ainda nos dias de hoje, à margem da imensa maioria dos operadores do direito, circunstância que decorre, inevitavelmente, das influências do *paradigma racionalista*, ou seja, dos marcantes efeitos que o período histórico da Idade Moderna fixou na cultura ocidental. Sem embargos da influência ditada pelos pressupostos das filosofias liberais, a possibilidade de surpreender o desenvolvimento do processo em fases metodológicas, que diferem entre si especialmente por força de peculiares características de seu respectivo formalismo – derivadas, à evidência, do momento histórico em que se encontram encartadas – é aspecto que, inegavelmente, vem a reforçar e ilustrar o caráter cultural enroupado no direto processual. Nessa quadra, a doutrina faz perceber a existência de rupturas históricas no desenvolvimento do formalismo processual, dividindo-as em quatro principais endereços culturais: o *praxismo*, o *processualismo*, o *instrumentalismo* e, finalmente, o *formalismo-valorativo*.³

Inicialmente, em uma fase intitulada imanentista, o processo foi concebido como simples procedimento, consistente em uma sequência ordenada de atos, limitando-se os seus estudiosos a analisar as suas formas e os atos que o integram, desprovidos de preocupações teóricas, razão pela qual foram intitulados de praxistas.

Em seguida, houve quem sustentasse com fundamento na teoria contratualista, que o processo era um contrato firmado entre as partes, com o intuito de aceitar a decisão do magistrado. A teoria quase-contratualista, de outra banda, pretendia compreender o processo como instituto do direito privado, porém sem a natureza de contrato, razão pela qual adotou a ideia de quase-contrato.

Somente com a aquisição de sua autonomia científica, afastando-se da concepção de natureza privada do contrato, surgiu a teoria da relação jurídica, com a obra de Oskar Von Bülow, consistente na ideia do processo como relação intersubjetiva, dinâmica, de direito público, dotada de seus próprios sujeitos e requisitos. Além disso, teria como conteúdo outra relação, de direito material, com finalidade de permitir a apreciação desta última pelo Estado-juiz.⁴

Uma vez pacificada a autonomia da ciência processual, firmou-se a fase da instrumentalidade do processo, dedicando-se a ser dotado dos meios mais eficientes, com o intuito de concessão de uma tutela justa e célere, aproximando-se, ao máximo, da promoção da justiça.

Por derradeiro, sustenta-se a fase do formalismo-valorativo, na qual o processo é vislumbrado a partir dos preceitos constitucionais, principalmente no tocante ao devido processo legal.

Abstraindo-se, portanto, de uma percepção meramente formalista, o processo é o instrumento de atuação do direito material, além de ser o meio indispensável para que o Estado alcance os escopos jurídicos, políticos e sociais da jurisdição. Aliado à sua instrumentalidade, busca-se a efetividade do processo, pois deverá dispor dos meios aptos a permitir o alcance do seu objetivo.

O ilustre doutrinador Alexandre Freitas Câmara, transcrevendo os ensinamentos do mestre processualista José Carlos Barbosa Moreira, aponta que o processo efetivo deve atender aos seguintes postulados: dispor de instrumentos de tutela adequados, que estes instrumentos sejam utilizáveis, que assegure condições para que sejam reconstituídos os fatos relevantes, que assegurem a quem tem uma posição jurídica de vantagem exatamente aquilo a que faz jus e que o resultado seja alcançado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.⁵

Embora se tenha consciência de que o processo é utilizado em diversas áreas da atividade estatal (legislativo e administrativo) e não estatal (arbitragem), no processo jurisdicional, o Estado figura em posição equidistante das partes, dotado de imparcialidade e promovendo o contraditório e a igualdade entre os litigantes, consoante destaca Alexandre Freitas Câmara:

O processo jurisdicional, todavia, guarda peculiaridades em relação aos demais tipos de processo. A principal delas reside exatamente no fato de existir neste processo, como seu aspecto intrínseco, uma relação jurídica de direito público, estabelecida entre as partes e o Estado-juiz, em que este exerce poder, em posição de equidistância em relação às partes. Não se confunde, pois, o processo jurisdicional (que constitui o objeto central de nossas atenções por ora) com os demais processos. Não se pode confundir os processos

jurisdicionais com os processos não-estatais, pela simples razão de que nestes não se encontra o Estado no exercício de seu poder soberano. Nem se pode confundir o processo jurisdicional com os demais processos estatais, por faltar nestes o requisito da imparcialidade e equidistância que está presente naquele. Assim, por exemplo, no processo administrativo o Estado é um dos sujeitos interessados e, ao mesmo tempo, o prolator do provimento que se apresenta como “ato final” do processo.⁶

Portanto, o processo, por ser o meio de realização do direito material, deve adequar-se à nova seara jurídica, moldando-se às necessidades constatadas em juízo, adstritas ao caso concreto, à luz do que sustenta a doutrina, no concernente ao intitulado princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo:

Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial* do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.⁷

Destarte, não se trata, apenas, de compreender a finalidade do Estado, a completude do ordenamento jurídico e a instrumentalidade do processo. Torna-se imprescindível que o magistrado esteja consciente da sua nobre função no organismo social, muito além de mero anunciador passivo do texto legal.

3. O MAGISTRADO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Integrante do grupo dos operadores do Direito, o magistrado é incumbido de solucionar, judicialmente, o pedido daquele que comparece ao Poder Judiciário destinado a receber uma tutela jurisdicional justa.

Sua atividade é, em regra, limitada pelo princípio dispositivo, consistente na necessidade de que a parte pleiteie a prestação da tutela jurisdicional, indicando os limites da demanda, a partir do que o magistrado atuará. Uma vez proposta a ação, com informação dos fatos correlatos aos pedidos, o juiz promoverá a sua subsunção às normas e aos princípios aplicáveis.

Para se conceber a magnitude dessa função de pacificação, basta imaginar o instituto da coisa julgada, que torna imutável um pronunciamento judicial, no escopo de evitar a indefinida discussão sobre determinado tema e, conseqüentemente, ensejar a segurança jurídica.

Isto porque o processo não poderá persistir indefinido por grande espaço do tempo, considerando que, em regra, o ordenamento jurídico proíbe a concretização da pretensão resistida sem a intervenção estatal.

O juiz, como componente do Poder Judiciário, é dotado de um poder-dever, ou melhor, de um dever-poder, constituindo o feixe de responsabilidades jurídicas e sociais, pois a sua função de aplicador do Direito ao caso concreto exorbita à seara processual, vez que os efeitos do seu *decisum*, em harmonia com a finalidade do Direito, se espraiam pela sociedade, por mais que, tecnicamente, se tenha ciência dos limites subjetivos da lide.

Afinal, as partes que compuseram a demanda, para fins de concretização da tutela recebida, terão que exercer os seus direitos reconhecidos perante o seu adversário processual, bem como perante terceiros, alheios à lide pronunciada no Poder Judiciário, razão pela qual o magistrado, acima de tudo, tem responsabilidade social decorrente de seu dever de dizer o direito.

Não se olvida a necessidade de um preparo impecável para exercer tal função. Espera-se de um magistrado a sensibilidade para captar a necessidade das partes, a inteligência para aplicar o ordenamento jurídico, a sagacidade para eleger a melhor solução, a serenidade para visualizar o modo mais eficaz de concretização da tutela, a coerência para expor os motivos ensejadores da conclusão aventada, tudo agraciado pela celeridade indispensável a uma era de inúmeras demandas e enormes complexidades.

Por pertinência, vejam-se as considerações doutrinárias:

Assim, o juiz, como jurista, deve ser uma pessoa de seu tempo, que nada pode desprezar, devendo manter-se, quanto possível, inteirado não apenas do que se passa à sua volta no campo do direito, mas também de tudo que diga respeito às criaturas e à própria vida como um todo. Fora disso, sua tarefa jamais será completa. Pode até ser um bom jurista, do ponto de vista técnico. Pode dominar bem a legislação. Pode até decidir, com acerto, em face da fria letra da lei. Isso, porém, não é tudo. De fato, com a publicização do processo, a socialização do direito e a globalização da economia (com reflexos na área jurídica), o juiz, cada vez mais, deverá estar atento na busca da verdade real, sem o que o princípio do acesso à justiça, que tanto se quer prestigiar, pouco significará.⁸

Consciente de tais características que deverão lhe pertencer constantemente, torna-se inevitável perceber que, para conceder uma tutela jurisdicional justa, o magistrado deve extrair do ordenamento jurídico a solução condizente com o escopo de pacificação, intimamente relacionado com o princípio da igualdade.

Acrescente-se que, há muito tempo, não se satisfaz com a igualdade meramente formal, fundamentada somente na aplicação do texto legal, independentemente de uma análise percuciente do caso concreto. Busca-se uma igualdade substancial, consistente na aplicação dos instrumentos necessários a suprir as limitações dos litigantes, sejam elas probatórias ou financeiras.

Sobre o tema, leciona, com indiscutível excelência, a doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos:

Desse modo, na esfera constitucional brasileira, tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotaram a orientação de que o referido princípio tem como destinatários principais o legislador e, também, o aplicador da lei: ao legislador para que, na sua função, elabore a lei, levando em consideração as situações idênticas e as distintas,

de modo a diferenciá-las, em nome da razoabilidade; ao juiz para que, no momento da aplicação, observe as condições materiais e processuais de cada caso concreto, no sentido de possibilitar o tratamento desigual aos desiguais, visando à obtenção da justiça. [...] Um dos princípios constitucionais de maior importância no campo do direito processual é o da igualdade. Inafastável a associação entre Constituição e processo, porque esse é um instrumento a serviço daquela. Por isso, é de todo ineficaz atribuir às pessoas direitos subjetivos materiais sem lhes assegurar os institutos processuais e os meios procedimentais indispensáveis à realização do referido direito.⁹

A postura do magistrado na condução do processo é dotada de constante verificação de que às partes estão sendo facultados os direitos, os deveres e os ônus pertinentes, capazes de manter uma situação de equilíbrio durante todo o deslinde processual.

Em um primeiro grau de jurisdição, o magistrado mantém contato diretamente com as partes, inclusive sendo permitido pelo Código de Processo Civil que, de ofício e a qualquer momento, determine o comparecimento das partes, para fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (artigo 342).

Isto se justifica porque, nesta oportunidade, será realizada a instrução processual, cabendo ao juiz presidir a fase probatória, destinada à formação do seu convencimento, conforme se depreende do artigo 132, parágrafo único, do diploma legal retromencionado.

Destarte, sua participação não será de um mero expectador. Caberá ao juiz adotar uma postura ativa na seara processual, atuação essa que não viola o princípio da imparcialidade ou o princípio dispositivo, pois o magistrado figuraria parcial, certamente, se percebesse uma situação de desigualdade no processo e persistisse inerte.

Sobre o tema, com peculiar pertinência, elucida a doutrina:

[...] a melhor forma de, em casos tais, preservar a imparcialidade do magistrado é submeter as provas que vieram ao autos por sua iniciativa própria à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas

participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, a motivação das suas decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de for íntimo, tentar beneficiar esta ou aquela parte.¹⁰

Ainda com fulcro nos ensinamentos doutrinários, transcreve-se a lição de Alexandre Freitas Câmara sobre o tema em epígrafe:

A possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício está intimamente ligada à evolução do direito processual, que não mais admite um juiz passivo. Exige-se um julgador participante, que dirija realmente o processo, determinando a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional passe a se dar da melhor forma possível. Assim é que a determinação judicial para que se produza certa prova não deve ser considerada como meramente complementar da atividade das partes, cabendo afirmar que o juiz é inteiramente livre, desde o início do processo, e sejam as partes atuantes ou não neste sentido, para determinar a produção dos meios probatórios necessários à formação de seu convencimento.¹¹

Para nortear a sua atuação, figura a Constituição Federal em um patamar destacado, sendo fácil a percepção da sua localização ao se imaginar o ápice de uma pirâmide, representando esta o ordenamento jurídico, conforme já vislumbrado por Hans Kelsen:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-

ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹²

Sendo assim, em todo ato de aplicação do direito infraconstitucional, necessariamente se fará um controle de constitucionalidade, explícita ou implicitamente, verificando-se se a norma é constitucional, em decorrência da supremacia e da rigidez constitucionais.

Isto porque, de um lado, consoante já mencionado, a supremacia consiste na posição superior da Constituição, figurando como fundamento de validade de todas as outras normas, enquanto que, de outra banda, para manutenção da supremacia constitucional, as suas normas devem ter um processo de elaboração mais complexo do que o adotado para as normas infraconstitucionais.

Além disso, consoante destaca a doutrina constitucional, é até mesmo possível a realização de declaração de nulidade parcial da norma sem redução de texto, para as hipóteses em que a lei pode ser válida para certo número de casos e inválida em relação a outros.

Em consequência, constata-se a importância do movimento na seara jurídica que reforça a correta interpretação do ordenamento jurídico, exigindo-se a utilização do filtro constitucional para selecionar o diploma legal que, efetivamente, tem permissão para reger as relações sociais.

Por sua vez, o processo civil não poderia permanecer alheio a tal transformação, reconhecendo-se a força normativa da Constituição, cuja eficácia deverá ser imediata, inclusive independentemente, em certos casos, de intermediação legislativa.

Reconhece-se, também, a eficácia normativa dos princípios, sem olvidar o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional. Ainda no bojo da transformação em epígrafe, consagraram-se os direitos fundamentais.

Passou-se a intitular de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo a nova fase do pensamento jurídico, com aplicação dos reconhecimentos já listados e, em especial no processo civil, denominou-se de neoprocessualismo, destacando-se a *“importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”*, nas palavras de Fredie Didier Jr.¹³

Ainda nesta esteira, elucida o ilustre doutrinador Vicente Higinio Neto:

O processo civil brasileiro, após a Constituição da República de 1988, não pode ser interpretado e aplicado sob a perspectiva do paradigma individual-patrimonialista do século XVIII e XIX. Com a Constituição e com a seleção pelo constituinte do modelo de Estado Democrático e Social de Direito, avança-se rumo a um socialismo democrático liberal concretizador dos direitos fundamentais, servindo o processo e suas normas como técnicas para o atingimento dos direitos e deveres consagrados na Constituição.¹⁴

Em artigo especializado sobre o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, Eduardo Cambi ressalta o destaque da Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico não somente em virtude da sua hierarquia, como também, pelas matérias disciplinadas, razão pela qual o processo terá seus fundamentos de validade na Lei Fundamental.

Segundo o autor, em decorrência da inevitável necessidade de evolução do direito, atualizando-se diante das complexas relações sociais, econômicas e políticas, torna-se necessária a adequação dos institutos jurídicos às novas situações, sob pena de frustrar o seu nobre escopo de pacificação social.

Por especial nobreza das assertivas, torna-se dever transcrever as lições de Eduardo Cambi:

A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira

de 1988 não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental. A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “devereres” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas. O Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII. O pensar o Direito deve passar por um *aggionamento* para que sua *concretização*, para não ficar presa a institutos inadequados aos fenômenos contemporâneos, não se dissocie da realidade, frustrando seu escopo fundamental de abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, políticas e econômicas.¹⁵

O viés constitucional, portanto, deverá acompanhar o magistrado em todos os seus momentos de atuação.

4. A PROVA E O ÔNUS DA PROVA

Ventiladas as breves noções sobre Direito, processo, juiz e ordenamento jurídico, é inevitável a constatação de que, na junção de todos esses elementos, a prova tem a função de grande relevo.

Em apenas uma de suas facetas, prova é o resultado decorrente da atuação das partes, no intuito de convencer o magistrado da veracidade de suas alegações. Tal atuação, consistente no direito de provar, tem guarida constitucional, intitulado pela doutrina como direito fundamental à prova, decorrente do devido processo legal.

São os termos da ilustre doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos:

A garantia do devido processo legal torna-se efetiva na medida em que se exercita o contraditório entre os litigantes, com a finalidade precípua da busca da verdade real, por meio de amplo debate e sem restrições de alegação de fatos e de produção de provas.¹⁶

Em regra, a prova é a forma de ofertar ao processo a reconstrução dos fatos, que será avaliada pelo julgador, com subsequente subsunção às normas de Direito. É o que esclarece a doutrina:

Trata-se de instrumento vital para o processo, pois é por meio dela que, em regra, as alegações fáticas feitas pelo autor e pelo réu são avaliadas pelo julgador, reconstruindo-se a realidade que um dia as partes vivenciaram. São as provas que permitem ao juiz obter a premissa fática de sua decisão, o que representa metade do seu trabalho, pois, uma vez ciente da realidade dos fatos, bastará aplicar a eles as normas jurídicas pertinentes, proferindo uma solução à lide deduzida em juízo. É essencial, pois, que as provas sejam trazidas aos autos, pois, sem elas, julgar torna-se, na maioria das vezes, uma atividade inglória. Como decidir se o material necessário para que se conheçam os fatos da causa não estão à disposição do julgador.¹⁷

De outra banda, não se pode olvidar que, em determinadas situações, não há necessidade de produção da prova em juízo, a exemplo das hipóteses dos fatos notórios e dos incontrovertidos, excepcionadas pelo artigo 334 do Código de Processo Civil.

Além disso, caberá à parte que alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro demonstrar a sua vigência, caso determinado pelo juiz, desde já ciente que o direito municipal e o direito estadual correlatos à comarca do julgador não precisam ter a respectiva vigência comprovada, pois é dever do magistrado o seu conhecimento (artigo 337 do Código de Processo Civil).

A prova tem como destinatário o juiz, que é o integrante da relação processual responsável por, ao final da fase probatória, anunciar a sua

conclusão sobre o tema suscitado em juízo, declinando as razões de seu convencimento, com fulcro no conjunto probatório produzido nos autos.

Essa conduta decorre da adoção do sistema da persuasão racional, fruto da evolução do direito processual, que em outras fases não exigia a exposição de motivos pelo magistrado, ou, ainda, acolhia, exclusivamente, o sistema da prova tarifada, consoante precisamente esclarecido pro Ovídio Batista do seguinte modo:

Os sistemas probatórios modernos não seguem, como princípio prevalente, nenhum dos sistemas anteriormente descritos, nem o sistema de prova legal nem o seu oposto, o sistema do livre convencimento, e, sim, como diz Furno, um sistema *misto*, que aproveita ao mesmo tempo elementos dos outros sistemas. A esse sistema intermediário dá-se o nome de sistema da persuasão racional. O princípio da persuasão racional da prova, embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Fundamentalmente, impõe ao juiz a observância das regras lógicas e das máximas da experiência comum, considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal, incapaz de ser demonstrada segundo regras lógicas e de senso comum.¹⁸

Não sendo a hipótese de julgamento antecipado da lide, o caminho percorrido durante o deslinde processual, especificamente sobre a atividade probatória, consiste na manifestação das partes sobre as provas que desejam produzir, justificando qual a finalidade da escolha, mediante explicação dos fatos que serão objeto.

Em seguida, o magistrado analisará sua pertinência, com subsequente deferimento ou não da produção, ponderando inclusive, se o meio eleito pela parte é o mais adequado ao processo. Caso deferida, advirá a produção da prova, culminando no ato de sua valoração pelo juiz.

Trata-se, portanto, de concretização do princípio do contraditório, decorrente do viés democrático sustentado pela Constituição, facultando

às partes a oportunidade de influenciar, efetivamente, no convencimento do magistrado em relação às afirmações realizadas.

Em consequência, a manifestação das partes, em regra, deverá ocorrer anteriormente ao pronunciamento decisivo pelo juiz. Somente será utilizado o contraditório diferido estritamente nas hipóteses necessárias, nas quais a prévia manifestação da parte terá o condão de frustrar a efetividade da medida requerida, a exemplo das medidas antecipatórias.

Já o princípio da igualdade se revela, em âmbito probatório, na concessão de paridade de armas às partes, que deverão ser dotadas de idênticos poderes de atuação, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

No concernente ao ônus da prova, o diploma legal processual, por sua vez, cuidou de fixar, de forma prévia, a sua distribuição, preceituando o artigo 333 do Código de Processo Civil, em seus incisos, a quem cabe o *onus probandi*, tendo como parâmetro a posição das partes na relação processual e a natureza da matéria alegada, *in verbis*: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]”.

O artigo reflete a adoção da teoria estática, fundada na premissa de que o ônus pertence ao titular da afirmação sustentada em juízo, não ofertando margem de discricionariedade ao magistrado para alterar a sua previsão. Portanto, independentemente das peculiaridades do caso concreto, o autor deverá comprovar o fato constitutivo do seu direito, nada advindo em prejuízo do réu caso permaneça inerte e mesmo que este seja o detentor de melhores condições de ofertar a prova ao juízo.

Sobre a natureza do ônus da prova, elucida o doutrinador Gildo dos Santos:

A palavra ônus significa encargo ou carga. Daí o princípio do ônus da prova ser conhecido, também, como princípio do encargo probatório ou da carga probatória. É do direito romano esse princípio, que chegou até o direito moderno, podendo ser traduzido com a expressão tão conhecida no mundo jurídico, segundo a qual a prova cabe a quem alega. De fato, o Código de Processo Civil dispõe que ao autor cabe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao réu compete o ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, I e II).¹⁹

Trata-se de encargo atribuído a uma das partes, conceito esse que difere de uma obrigação, pois a omissão da parte titular do ônus não enseja a cobrança de um direito pela parte diversa, nem configura ato ilícito.

Além disso, o ônus não se confunde com a faculdade nem com o dever processual, vez que aquela configura a possibilidade de opção da parte, em relação à qual o sistema é indiferente à posição selecionada, enquanto que o dever processual tem natureza permanente, não sendo suprimido com o respectivo cumprimento.

Por flagrante pertinência, torna-se indispensável a transcrição dos eternos ensinamentos doutrinários de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes:

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega em juízo possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Deve-se, porém, fazer, desde logo, uma distinção preliminar entre ônus e *obrigação*. A parte a quem incumbe produzir a prova não tem qualquer obrigação de fazê-lo, no sentido de que o não cumprimento dessa suposta obrigação pudesse ser considerada como uma conduta ilícita. Se não a produzir, sofrerá as desvantagens processuais decorrentes de sua omissão, embora não esteja obrigada, como é natural, a usufruir das vantagens processuais que o cumprimento desse encargo lhe traria. Não se trata, certamente, de uma obrigação porque não pode haver obrigação sem um direito correlato, e ninguém tem direito a que outrem faça prova de fatos que lhe digam respeito.²⁰

A distribuição do ônus da prova imputa ao autor ou ao réu determinado encargo, cuja respectiva consequência, caso não seja cumprido, somente poderá ser vislumbrada no momento do julgamento, apenas na hipótese de o juiz entender insatisfatório o conjunto probatório, para fins de atingir o grau de certeza necessário à prolação da sentença.

Por essa razão, o doutrinador Luiz Eduardo Boaventura Pacífico classificou o ônus da prova de imperfeito e incompleto, na medida em que caso seja exercido de modo insuficiente poderá ser suprido, seja pela atuação de ofício pelo magistrado, determinando a produção da prova,

seja pela parte contrária, que poderá trazer aos autos provas que lhe sejam desfavoráveis.²¹

Cuida-se, na verdade, de meio de solução concedido ao juiz que, diante da insuficiência da prova, não quedará inerte no seu dever de pacificar a querela suscitada, considerando que o ordenamento proíbe o *non liquet* (recusa de julgamento por falta de certeza quanto aos fatos).

Caberá ao juiz apontar como vencido aquele que possuía o ônus de comprovar e não se desincumbiu satisfatoriamente, corroborado pela deficiência do conjunto probatório. Daí se constata o caráter objetivo ou material do ônus da prova, como regramento destinado ao magistrado, para fins de auxiliar o seu difícil dever de sentenciar.

Por outro lado, tal aspecto objetivo ou material do ônus da prova não excluiu a outra face da mesma moeda, consistente na feição subjetiva ou formal, correlata a sua destinação às partes que, desde momento prévio à propositura da ação, já têm ciência do conteúdo da norma de distribuição do ônus da prova.

Relativamente à dupla perspectiva do ônus da prova (ônus objetivo e ônus subjetivo), veja-se a doutrina de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

[...] ônus objetivo é uma das denominações atribuídas ao aspecto essencial do ônus da prova, encarado como regra de julgamento – autorizando o pronunciamento judicial sobre o mérito, mesmo diante de um resultado instrutório insuficiente para a formação da convicção do juiz. O ônus subjetivo da prova identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor. Caso não logrem provar suficientemente os pressupostos fáticos dos efeitos jurídicos por elas pretendidos, as partes correrão o risco de sucumbir.²²

Sobre a distribuição do ônus da prova, torna-se necessário consignar que se trata de regra de julgamento, cuja aplicação somente ocorrerá no momento de prolação da sentença e, consoante acima especificado, apenas em caso de insuficiência do conjunto probatório para o convencimento do juiz.

Tanto que, uma vez convencido o juiz da verdade ou não das assertivas das partes, diante da satisfação decorrente das provas produzidas, não há

pertinência em ser verificado a quem pertencia o ônus da prova, nem ser identificado o responsável pela oferta da prova aos autos.

Em consequência, não terá o juiz o dever processual de anunciar, seja no recebimento da inicial, seja no despacho saneador, seja em qualquer outra fase diversa da sentença, a quem cabe o ônus da prova em decorrência da norma estática contida no artigo 333 do Código de Processo Civil, porquanto antes mesmo do ingresso da ação já é do conhecimento de todos a distribuição abstrata do ônus, refletindo a sua faceta subjetiva, conforme acima mencionado.

Portanto, não se acolhe a corrente doutrinária sustentadora da sua natureza de regra de atividade, destinada às partes, determinando que o magistrado, em momento anterior à instrução, deveria anunciar a titularidade do ônus da prova, criando para o juiz o desnecessário dever processual de, em toda a demanda, repetir nos autos o que já está previsto em lei e deve ser do conhecimento dos litigantes.

No sentido adotado no presente artigo, aponta a seguinte doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

As regras do ônus da prova não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de *juízo*, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.²³

Ainda no âmbito da regra estática do ônus da prova, observa-se a classificação doutrinária quanto à possibilidade de sua inversão, estabelecendo a inversão legal ou judicial.

Sobre o alcance da inversão, elucida Sandra Aparecida Sá dos Santos: “[...] falar-se de inversão é exatamente não observar a ordem, ou invertê-la, o que já revela colocar de modo diverso do previsto em lei, sem que, todavia, signifique falta de ordem ou desordem”.²⁴

Sendo assim, aponta-se como inversão legal a hipótese legislativa que fixa o ônus da prova de forma diversa à preceituada no artigo 333 do Código de Processo Civil, a exemplo da determinação contida no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), *in verbis*: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Neste tocante, conforme sabiamente salienta o doutrinador Fredie Didier Jr., não haveria motivo para se sustentar que se trata de “inversão” do ônus da prova. Nada foi invertido, pois em toda relação jurídica em que a querela se subsumir ao dispositivo acima transcrito, o ônus da prova pertencerá ao patrocinador da informação ou comunicação publicitária. É uma regra prevista em lei. São as palavras do doutrinador baiano:

Visível é que não há aí qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC.²⁵

De outra banda, segundo a doutrina, intitula-se de inversão judicial a hipótese em que caberá ao magistrado a imputação do ônus da prova exatamente em sentido contrário ao preceituado em lei, por figurar a parte adversa em melhores condições de produzi-la, sendo esse poder previsto em lei.

Sendo assim, tendo como regra a atribuição do ônus da prova ao autor, o juiz poderá, aplicando a inversão, imputar o ônus ao réu, por entender mais adequado ao deslinde do feito. A lei não inverte a regra, apenas faculta que o juiz o faça, uma vez presentes os requisitos legais. Como exemplo desta espécie de ônus, aponta-se o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina esclarece, pertinentemente, que não existe um direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova, vez que o diploma legal consumerista lhe assegurou a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, figurando a inversão, apenas, como um instrumento que poderá ser utilizado para a promoção de tal mister, desde que presentes os pressupostos legais.

Indo além, o Código de Defesa do Consumidor assegura a facilitação da defesa do seu direito, não sendo tal medida uma garantia de que o consumidor sairá vencedor da demanda, pois não há concessão de privilégio para que vença a demanda. Há, acertadamente, uma facilitação para a produção da prova nos autos, razão pela qual a medida não desmerece o princípio da igualdade, na esteira do que foi sustentado pela doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos, em sua obra já citada no presente artigo.²⁶

A inversão legal ou judicial não foi sustentada pelo Código de Processo Civil, limitando-se a preceituar a possibilidade de distribuição

convencional do ônus da prova pelas partes, desde que não recaia sobre direitos indisponíveis, nem torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, conforme dispõe o artigo 333, parágrafo único.

Enfim, à exceção da convenção acima mencionada, o Código de Processo Civil não preceituou qualquer outra possibilidade de distribuição do ônus da prova, a não ser a regra estática prevista no artigo 333.

Ocorre que, consoante acima anunciado, toda legislação infraconstitucional tem a sua aplicação condicionada à ultrapassagem pelo filtro constitucional. Em outras palavras, no momento da análise dos pleitos de produção probatória, o juiz não se desvincula do seu dever de observância ao princípio da igualdade, sob pena de desobediência ao comando constitucional.

Conseqüentemente, em certas oportunidades, o magistrado se depara com a convicção de que, caso aplicado o preceito contido no artigo 333 do Código de Processo Civil, que foi suficiente para solucionar outras querelas, estará violando, claramente, o princípio da igualdade, conforme salienta a doutrina:

[...] em algumas situações específicas as regras abstratas e estáticas de distribuição do ônus da prova, inflexíveis e rigidamente aplicadas do modo como positivadas no art. 333 do CPC, muitas vezes inviabilizam o reconhecimento do próprio direito de um dos litigantes integrantes da relação jurídica processual.²⁷

Ainda sobre o tema, torna-se indispensável a transcrição dos ensinamentos do doutrinador Vicente Higinio Neto:

[...] o art. 333, do CPC, não consegue mais satisfazer às exigências de um Estado Democrático e Social de Direito, sustentado pelo regime republicano; pelo princípio da igualdade substancial; pela imperiosa noção dos escopos a que a prestação jurisdicional está adstrita; pela noção de equilíbrio entre princípios dispositivo e inquisitivo e da instrumentalidade do processo para a concretização de direitos e deveres, destacadamente direitos e deveres constitucionais fundamentais.²⁸

Em situações dessa magnitude, certamente de modo excepcional e imprescindível, deverá o juiz conscientizar-se do seu papel social e oferecer ao processo o que o ordenamento jurídico tem de mais sagrado: uma tutela jurisdicional justa, com tratamento das partes na exata medida das suas desigualdades.

5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Certamente com o intuito de promover o deslinde processual em harmonia com o princípio constitucional da igualdade, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, consistente na ideia de que o ônus da prova incumbirá a quem tenha no processo a melhor condição de se desincumbir do mesmo, seja técnica ou financeiramente.

Nos limites hodiernamente concebidos, com caráter subsidiário à teoria estática, sua origem é atribuída ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano. De outra banda, o cerne da teoria, correlato à solidariedade entre as partes na produção das provas, segundo a doutrina, já era percebido na doutrina de Bentham e Demogue, consoante descreveu Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

Bentham baseia a sua doutrina num dos princípios que Bar e Laband afirmaram ter acolhida no direito barbárico, observando que, no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo. [...] A teoria de Demogue – segundo a qual, na produção das provas, deveria prevalecer a solidariedade entre as partes [...]. O critério de atribuir o ônus à parte que se apresente em melhores condições de produzir a prova não é novo. [...] O que de novo contém a doutrina do ônus dinâmico é utilizar o aludido princípio de forma subsidiária e complementar – se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto.²⁹

Segundo a teoria em epígrafe, para a distribuição do ônus da prova, a ser realizada conforme as peculiaridades do caso concreto, não importará se o onerado figura como autor ou réu, nem se a afirmação objeto da prova tem natureza constitutiva, modificativa, impeditiva ou extintiva do direito do autor. Ao perceber que a prova de determinada alegação poderá ser mais facilmente trazida ao mundo processual por determinada parte, a ela será atribuído o respectivo encargo.

Caberá ao magistrado, diante da situação concreta, identificar a quem deverá pertencer, por força do princípio da igualdade, o ônus da prova em determinada ação, consoante define a doutrina de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

A doutrina do ônus dinâmico da prova desenvolveu-se a partir da constatação de que, em determinadas situações concretas, a aplicação das regras gerais de distribuição do ônus da prova – fundadas quer na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), quer em teorias mais modernas que cuidaram de aprofundar tais critérios (v. item supra) – pode conduzir a situações claramente injustas. Por isso, a fim de buscar a justiça no caso concreto, por vezes a jurisprudência abranda a aplicação dos princípios distributivos legalmente estabelecidos.³⁰

Difere da teoria estática adotada pelo Código de Processo Civil, porquanto não há uma definição *a priori* do titular do ônus probatório, cabendo ao juiz, norteado pela inevitável dinâmica do caso concreto, definir quem tem a melhor condição de promover a produção probatória, conforme esclarece Vicente Higinio Neto:

A essa concepção tem-se denominado “dinâmica”, pela mobilidade para se adaptar a casos particulares. A denominação se opõe uma ideia estática, igual para todas as hipóteses, sem atender a circunstâncias especiais. Assim, assume relevo a ideia de solidariedade, de colaboração das partes na etapa probatória do processo, sem sujeição a regras rígidas, que fazem recair todo o peso num ou noutro demandante.³¹

Também não parece sensato asseverar que tal teoria foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, pois o regramento consumerista, em sua essência protetiva, não concede maiores poderes de verificação ao magistrado, de que modo, uma vez presente a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança dos fatos alegados, deverá ser imputado o ônus da prova ao fornecedor, configurando a inversão do ônus da prova.

Por tal razão, a teoria em comento não corresponde ao instituto de inversão do ônus da prova, pois o magistrado não atribuirá o encargo exatamente à parte adversa à prevista na regra geral. O ônus da prova será atribuído a quem se apresente mais apto a demonstrar determinado fato em juízo, independentemente do conteúdo da norma estática.

Veja-se a doutrina harmônica ao entendimento ora sustentado, nos termos de Artur Carpes:

[...] o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto. A proposta em torno do termo dinamização leva em conta seus respectivos limites, que nada mais são senão os próprios fundamentos pelos quais se permite a alteração no arquétipo legal e estático do art. 333 do CPC, seja quando tal alteração é sufragada pela lei, seja quando esta é realizada pelo juiz. Vale dizer, não se pode dinamizar o ônus da prova para simplesmente transferir o encargo diabólico para a outra parte. Assim, a dinamicização significa flexibilização do esquema estático para permitir a transferência do ônus da prova relativamente apenas a alguma ou algumas circunstâncias de fato que, por razões de índole técnica ou da sua respectiva natureza, enseja a vedação ao direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova.³²

Além disso, não deve ter aplicação restrita a determinado ramo da ciência jurídica, pois o consumidor não é o único a merecer tal tratamento igualitário. Há um comando constitucional de aplicação do princípio da isonomia na relação processual, devendo ser promovida a sua concretização em sentido material, cabendo ao juiz assegurar sua observância, independentemente da natureza da relação de direito material.

Neste sentido, destaca o doutrinador Paulo Rogério Zaneti:

Ocorre que a situação de disparidade de armas, de desigualdade probatória, enfim, de extrema dificuldade para uma das partes comprovar suas alegações e desincumbir-se de seu ônus probatório, não é exclusiva da relação jurídica consumerista. Pode-se verificar em qualquer outra relação de direito material, especialmente naquelas de natureza civil, encontrando-se um dos litigantes, nesse caso, na mesma situação que mereceu proteção especial por parte do legislador infraconstitucional.³³

A jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça ratifica tal assertiva, anunciando a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no trâmite da ação monitória, que ora se transcreve, com consignação de grifos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.

1. O processo monitório divide-se em duas fases distintas - monitória e executiva - apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor.

2. A fase monitória é de cognição sumária, sempre inaudita altera pars, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento

apresentado como prova da existência do crédito.

3. Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla dilação probatória. Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciativa do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor.

4. O processo monitório não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitória, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório.

5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitória gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de um juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitório. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso.

6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitório admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.³⁴

Como exemplo da aplicação da teoria, vislumbra-se a possibilidade de, em algumas demandas alimentícias, especificamente quanto à prova de alguns fatos específicos, referentes à possibilidade de prestação dos alimentos pelo alimentante, atribuir a este o ônus de demonstrar sua renda, quando ao mesmo soar mais adequado a concessão da informação ao processo, aliado à impossibilidade ou à grande dificuldade de acesso aos dados pelo alimentando.

Nesta seara, a prática demonstra que alguns alimentantes têm o intuito de omitir ao juízo provas correlatas à sua possibilidade financeira, certos de que a falta de comprovação será imputada em prejuízo do alimentando, por ser fato constitutivo do direito deste, em virtude da aplicação da norma abstrata contida no artigo 333, do Código de Processo Civil.

Porém, em uma medida de igualdade substancial, respeitando as limitações do alimentando, torna-se justa a distribuição dinâmica do ônus da prova quando se mostrar necessária, para fins de promover a igualdade substancial entre as partes, atribuindo ao alimentante o encargo de demonstrar em juízo a sua condição financeira, sob pena de arcar com o prejuízo caso o conjunto probatório seja insuficiente.

Ainda a título de exemplo, persistindo na seara do Direito de Família, a teoria em comento terá terreno fértil nas ações de dissolução de união estável, especificamente no tocante à repartição dos bens.

Vislumbra, ainda em esfera prática, a sensatez na aplicação da teoria em estudo nas demandas coletivas referentes ao Direito Ambiental, nas quais as empresas apontadas como poluidoras poderão ter melhores condições de ofertar a prova ao juízo.

Em consequência do conteúdo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e em lealdade à adoção da supremacia da Constituição Federal, que preceitua o princípio do devido processo legal, trata-se de regra de atividade, ou seja, caberá ao magistrado, antes do início da fase probatória, anunciar a quem pertence o ônus da prova.

Nessa esteira seguem os ensinamentos multicitados de Fredie Didier Jr.

Ademais, essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade, e, não, de julgamento.³⁵

Isto porque não poderá a parte ser surpreendida diante do conteúdo de uma sentença que lhe seja desfavorável, na qual lhe foi imputado o ônus da prova e reconhecida a sua omissão, sem a prévia oferta de

oportunidade para influenciar no entendimento judicial, com anterior ciência de que a omissão se voltará em seu prejuízo, ocasionando uma surpresa processual, incompatível com a previsão constitucional do devido processo legal.

Em sentido contrário, poderia se sustentar que se trata de regra de julgamento, pois a parte deve atuar de modo ativo, produzindo toda a prova que lhe foi possível, devendo arcar com sua conduta omissiva, caso o magistrado perceba que era capaz de produzir.

Data venia, tal fundamento não deve prosperar, porquanto o dever de lealdade processual também deve ser observado pelo magistrado, evitando surpresa em desfavor de qualquer das partes. Não se trata, portanto, de fomentar a postura da parte que, apta a produzir a prova, persistirá inerte caso não lhe pertença o ônus.

Torna-se necessária uma alta sensibilidade do magistrado, que deverá detectar a parte que tem melhor condição de conduzir a prova aos autos, não podendo tal constatação ser anunciada somente na prolação da sentença.

É o posicionamento do doutrinador Vicente Higinio Neto:

Importante frisar que ao lado dos princípios da solidariedade, da cooperação e da boa-fé, a serem observados pelas partes, também incidem para o juiz os princípios da legalidade, da motivação, da igualdade substancial, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da adequação e da efetividade da medida, o que significa dizer que poder discricionário do magistrado ao adotar tal teoria está obrigado à observância desses princípios.³⁶

Ademais, qualquer conduta temerária das partes poderá ser penalizada pela condenação em multa, decorrente da configuração da litigância de má-fé (artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil), demonstrando que o ônus da prova não figura no ordenamento jurídico como instrumento punitivo à conduta omissiva das partes, embora se esteja consciente de que muitas vezes o réu se omite, não ofertando a prova aos autos, certo de que o ônus pertence ao seu adversário, que restará derrotado por não comprovar o fato constitutivo do seu direito.

Frise, também, que se deve ter cautela na aplicação da teoria em análise, evitando-se que a prova cuja produção é impossível para uma das partes tenha seu ônus, simplesmente, transferido para a parte adversária, numa manifesta violação do princípio da igualdade, não sendo esse, certamente, o intuito da distribuição dinâmica do ônus.

São os termos doutrinários:

É preciso deixar claro, porém, que a *redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus*. Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.³⁷

Além disso, uma vez fixada o ônus da prova com fulcro em tal teoria, não se deve olvidar que a parte produtora da prova, por ser parcial relativamente ao desfecho do processo, batalhando pela vitória na lide, transferirá a sua parcialidade ao ato de produção, contaminando a prova com o seu escopo pessoal, razão pela qual caberá ao magistrado, como presidente da instrução e destinatário da prova, identificar tais influências e considerá-las no momento da valoração do conjunto probatório.

A teoria em epígrafe também reflete, por justiça, na responsabilidade pelo custeio da prova, de modo que, uma vez determinado a quem pertence o ônus probatório, soa coerente fixar o respectivo ônus financeiro, especialmente no tocante às provas periciais.

Isto porque o ônus da prova engloba a produção, na qual se insere o custeio correlato, sob pena de injusta fixação parcial do encargo processual, incompatível com a finalidade da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Outro não é o entendimento doutrinário de Sandra Aparecida Sá dos Santos:

É que o ônus da prova engloba a produção e nesta, o custeio. Assim, na hipótese de ser determinada a inversão, o encargo referente à perícia é da parte que ficou com o ônus em decorrência da inversão; caso

contrário, teríamos uma inversão pela metade, o que é inadmissível, tendo em vista a finalidade da norma.³⁸

Por pertinência, transcreve-se o entendimento extraído de decisão do Superior Tribunal de Justiça que aponta no sentido do presente texto e, embora intitule a aplicação da inversão judicial do ônus da prova, exala a essência do entendimento ora sustentado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido.³⁹

Percebe-se, ainda, que a aplicação da distribuição dinâmica prescinde da existência de texto legal em legislação infraconstitucional, pois emana da aplicação dos princípios da igualdade e do devido processo legal, de natureza constitucional.

Com tal afirmação, não se sustenta a total desnecessidade de regra infraconstitucional. Não há que se deturpar a assertiva. O texto contido no Código de Processo Civil é útil ao magistrado para que conduza a sequência de atos processuais de acordo com o procedimento preceituado pela legislação. Ademais, também servirá para espancar qualquer dúvida quanto à aplicação do instituto, evitando-se discussões irrelevantes.

Por outro lado, para fim de promoção dos princípios da igualdade e do devido processual legal, o magistrado não agirá apenas se estiver autorizado pelo comando infraconstitucional, pois tais princípios podem e devem ser aplicados caso sejam adequados à concessão de uma tutela jurisdicional justa, independentemente de previsão no Código de Processo Civil, pois o magistrado, repita-se, não é um mero anunciador do texto legal.

Evidentemente com o intuito de concretizar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo ordenamento jurídico pátrio, tornando flagrantemente impertinente qualquer alegação judicial no sentido de que não há respaldo jurídico em sua acolhida e evitando perda de tempo para rechaçar tal sustentação, o Projeto de Código de Processo Civil adotou expressamente a teoria em epígrafe (Senado, Projeto de Lei n.º 166/10).

São os termos dos artigos correlatos:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório. [...]

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Acertadamente, inseriu-se tal teoria expressamente na seara infraconstitucional.

Isto porque, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem natureza subsidiária e suplementar, concedendo ao juiz o poder de imputar o ônus da prova a quem lhe figurar mais adequado, diante das peculiaridades do caso concreto, persistindo como regra a norma estática.

Neste sentido, acrescenta Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

A excepcionalidade da incidência da teoria em apreço significa que sua aplicação *não objetiva substituir os critérios tradicionais de repartição do onus probandi*, mas servir de princípio suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas. [...] A repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução *excepcional e subsidiária*, que encontra espaço apenas e tão somente se as regras gerais de distribuição do *onus probandi* conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto. Na ilustrativa metáfora de Jorge W. Peyrano, a repartição dinâmica deve funcionar como uma “válvula de escape”, a ser utilizada somente *in extremis*, quando as regras tradicionais gerem consequências “claramente inconvenientes e iníquas”.⁴⁰

Ao apontar no projeto que o magistrado poderá atribuir o ônus da prova a quem entender pertinente, sem prejuízo da distribuição estática, percebe-se que o legislador pátrio procurará promover uma convivência pacífica entre as teorias estática e dinâmica, o que parece bastante razoável.

Esse convívio, aliás, já acontece hodiernamente, consoante ilustrou a jurisprudência acima transcrita.

Caso fosse imputado ao juiz, exclusivamente, o dever de fixar o ônus da prova, independentemente de regra estática, ele teria que se pronunciar em todas as ações no concernente ao ônus da prova. Tal necessidade não parece sensata, considerando o número de ações em trâmite e a busca pela celeridade processual.

Ademais, não se pode olvidar que a teoria estática resolve a maioria das demandas tratadas em juízo, porquanto não é sem motivo que permaneceu preceituada por inúmeros anos no ordenamento jurídico em sua forma pura e, embora provavelmente seja expressamente mitigada

pelo futuro Código de Processo Civil, ainda deverá regular a maioria das relações processuais.

Sendo assim, caso mantido o projeto na estrutura até então apresentada, na sistemática a ser adotada pelo Código de Processo Civil, em regra, persistirá a norma de julgamento, com natureza estática, imputando o ônus da prova de acordo com a posição da parte no polo da ação e com a natureza da alegação a ser comprovada.

Porém, na hipótese em que entender necessária, o magistrado utilizará a norma dinâmica de atividade, imputando à parte mais apta o ônus probatório, com anúncio prévio à fase instrutória, pois não poderá promover a igualdade e desmerecer o devido processo legal.

Sobre a adoção da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova pelo Projeto de Código de Processo Civil e suas consequência práticas, sustenta a doutrina de Rodrigo Klippel, na já citada obra específica sobre o projeto, em parceria com outros doutrinadores:

A dinamização do ônus da prova não é uma das “vedetes” do novo código de processo civil. Há outros temas muito mais “badalados”, mas que talvez não tenham o condão de resolver um problema tão sério quanto antigo no processo, que é dotar o juiz de melhores mecanismos para decidir com acerto. O destaque da modernidade é a velocidade. Sobre ela as atenções se concentram energicamente. Contudo, sou e sempre serei partidário da boa e velha segurança, e decisão justa significa isso. Por isso aplaudo de forma entusiástica o teor do art. 7º do Projeto de Lei do Novo CPC, que muitos outros benefícios poderá trazer ao processo mas, em especial, pelo fato de atribuir um novo caminho para um tema que, durante séculos, restou adormecido na condição de dogma: ônus da prova e a forma como se deve dividi-lo. Só resta desejar que o Código seja aprovado tal como se encontra – neste ponto – e que os homens saibam usar de forma adequada o excelente instrumento que receberão.⁴¹

Não se sustenta no presente artigo a alegação de que a concessão exclusiva de poder ao juiz, para fixação do ônus da prova, não foi acolhida

em sua integralidade por ausência de confiança na atuação do magistrado, evitando que seja o detentor exclusivo da imputação de tal encargo.

Ao revés, conforme já mencionado, tem-se plena ciência da nobre missão do juiz e de todos os poderes que o ordenamento jurídico lhe confere, inclusive, independentemente de previsão expressa em diploma legal.

Os motivos para a inclinação neste artigo pela aplicação conjunta das teorias, conforme anunciado no projeto de Código de Processo Civil, tem fundamento no princípio da celeridade e da adaptabilidade, de modo que o magistrado apenas deverá conduzir o processo de modo diverso do preceito estático quando perceber que a situação processual demanda tal aplicação dinâmica.

Além disso, caso tenha sido a ausência de confiança no juiz o móvel ensejador da adoção conjunta das teorias estática e dinâmica, o que desde já se lamenta, segue-se firme na certeza de que, uma vez publicado o texto legal, figurará somente a vontade da lei, abstraindo-se, por completo, o intuito do legislador.

6. CONCLUSÃO

A concepção do Direito como ciência social aplicada enseja a realização de trabalhos científicos dotados da intenção de contribuir com a melhora na concessão da tutela jurisdicional, mormente considerando que se trata do âmbito da ciência processual.

Do mesmo modo que a construção das normas enseja um trabalho de conhecimento das necessidades sociais, com o escopo de satisfazer, abstratamente, os anseios na normatização das relações, a aplicação do Direito tem a mesma finalidade, porém, em um aspecto concreto, concedendo a cada um dos requerentes a prestação que o ordenamento jurídico entende como justa.

Uma vez proibida, em regra, a concretização do direito resistido pelo seu próprio titular sem a intervenção estatal, para fins de aplicação do Direito, utiliza-se o processo como instrumento adequado a comportar o pleito da parte, garantindo a observância aos princípios do devido processo legal, da celeridade e da efetividade.

Nessa esteira, figura o magistrado com peculiar responsabilidade social, ciente dos seus deveres, a exemplo da observância constante aos comandos

constitucionais, harmônicos com os princípios regentes do ordenamento, a exemplo do princípio da igualdade.

Sendo assim, diante da acolhida da Constituição Federal em posição suprema no ordenamento jurídico, ensejando a utilização pelo magistrado do filtro constitucional para aplicação das normas, as regras processuais passam a ser aplicadas de modo condizente com o princípio da igualdade, não ficando a distribuição do ônus da prova alheia a tal viés constitucional.

Isto porque, em seara processual, a prova tem posição de relevo, porquanto ocasiona a oportunidade das partes de convencer o magistrado de suas alegações, no intuito de lograr êxito na prestação da justa tutela jurisdicional.

Portanto, para distribuição do ônus da prova, o Código de Processo Civil estabeleceu o regramento estático de distribuição que, embora adequado à solução de algumas demandas, não se mostra suficiente a regular todas as relações processuais, porquanto se percebe que, em certas hipóteses, sua aplicação fere o princípio constitucional da igualdade.

Eis que surge a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser utilizada de modo subsidiário à teoria estática, ofertando ao juiz a possibilidade de atribuir o ônus da prova a quem figure no processo em melhores condições de contribuir para a construção do conjunto probatório.

Para a aplicação de tal teoria, o magistrado não estará adstrito à condição da parte de autora ou ré, nem a natureza da alegação, ou seja, independe de ser constitutiva, extintiva, impeditiva do direito do autor.

Trata-se, portanto, de necessidade de adequar as regras processuais às peculiaridades de cada processo, intitulado-se a doutrina de princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo.

É um instrumento que confere ao juiz poderes necessários à concessão de uma tutela jurisdicional justa, pois o processo é o instrumento de concretização do direito material, razão pela qual a ausência de possibilidade de distribuir de forma justa o ônus da prova compromete o alcance do direito pelo seu beneficiário.

Além disso, sua utilização não deverá ser adstrita a determinado ramo do direito, porquanto o processo tem o escopo de concretizar o direito material de forma justa, concebendo-se este como oriundo de qualquer natureza jurídica, seja ela civil, consumerista, ambiental, entre outras.

Tanto é assim que se vislumbra terreno fértil para sua aplicação nas

relações processuais entre alimentando e alimentante, no tocante à demonstração da possibilidade deste de prestar os alimentos requeridos, bem como nas dissoluções de união estável, na disputada seara da de divisão do patrimônio, sem olvidar as demandas coletivas concernentes ao Direito ambiental.

Por outro lado, é indispensável, como em todo exercício de qualquer dever, a atuação com cautela pelo magistrado, porquanto, em algumas hipóteses, a produção da prova é inalcançável por ambas as partes, de modo que a entrega do ônus à outra parte, independente da regra geral, poderá ensejar injustiça processual.

A teoria em epígrafe reflete, também, na determinação do responsável pelas despesas processuais, porquanto a produção da prova inclui o seu custeio, razão pela qual uma vez apontado a quem pertence o ônus da prova, a este também pertencerá o dever de custeios das despesas para a respectiva produção, medida indispensável especialmente no tocante ao financiamento das perícias judiciais.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, inclusive, foi adotada pelo Projeto de Código de Processo Civil, numa manifesta demonstração de que o legislador pátrio está em harmonia com a onda neoprocessual que atinge atualidade.

No presente artigo, destarte, cuidou-se de ressaltar a utilização de instrumentos processuais harmônicos com os princípios constitucionais, para fim de concessão de uma tutela jurisdicional justa. Não se trata, consoante de há muito tem ciência, de atuar o magistrado como mero aplicador da norma processual infraconstitucional.

Deverá o juiz atuar consoante o seu papel social, extraindo do ordenamento jurídico a solução adequada e célere para as demandas processuais, inclusive independentemente de previsão legal, desde que em coerência com os princípios constitucionais vigentes.

Ao longo desse trabalho, percebeu-se que o Direito busca, incessantemente, acompanhar as alterações sociais, adequando-se às necessidades dos seus destinatários, atualização essa que deverá ser atendida por todos os ramos jurídicos, não podendo a teoria geral da prova, conseqüentemente, permanecer alheia a tal tendência social.

Buscou-se, portanto, com a presente construção científica, despertar na seara processual civil a importância da distribuição dinâmica do ônus da

prova, em flagrante concretização do princípio constitucional da igualdade. Afinal, mais do que mero anunciador das regras e princípios jurídicos, o ordenamento jurídico é instrumento de pacificação social, com o intuito de assegurar a existência do Estado Democrático de Direito, com garantia efetiva e célere da concretização dos direitos dos seus integrantes.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 40. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em 22/08/2012.

BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional: Parte I, Teoria Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo et al. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual**. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual**. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**. Técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLIPPEL, Rodrigo et al. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da Prova**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2.ed.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETTI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOTAS

1 AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 40. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

2 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 23.

3 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 19/20.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 8-9; 139-141.

5 *Op. cit.*, p. 228/229.

6 *Op. cit.*, p. 149.

7 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 82.

8 SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 39/40.

9 *Op. cit.*, p. 28;32.

10 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 25.

11 *Op. cit.*, p. 155/156.

12 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 246/247.

13 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 32.

- 14 HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117.
- 15 CAMBI, Eduardo et al. Leituras Complementares de Processo Civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 235/236.
- 16 *Op. cit.*, p. 91.
- 17 KLIPPEL, Rodrigo et al. O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2011, 344.
- 18 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 275.
- 19 SANTOS, Gildo dos. A prova no Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 40.
- 20 *Op. cit.*, 270/271.
- 21 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da Prova. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 174.
- 22 *Op. cit.*, p. 149/150.
- 23 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 79.
- 24 *Op. cit.*, p. 58.
- 25 *Op. cit.*, 83.
- 26 *Op. cit.*, p. 62/63.
- 27 ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.
- 28 *Op. cit.*, 78.
- 29 *Op. cit.*, 95, 105 e 224/225.
- 30 *Op. cit.*, 222/223.
- 31 *Op. cit.*, p. 114.
- 32 *Op. cit.*, 116/117.
- 33 *Op. cit.*, p. 162.
- 34 REsp 1084371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011.
- 35 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 102/103.
- 36 *Op. cit.*, p. 117.
- 37 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 101.
- 38 *Op. cit.*, p. 70/71.

39 REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

40 *Op. cit.*, p. 225/226.

41 *Op. cit.*, p. 352/353.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

José Darlan Costa Pereira

Técnico Judiciário da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, ocupando, atualmente, o cargo comissionado de Assessor Judiciário do Des. Federal Edílson Nobre, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife/PE.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo tecer alguns comentários sobre a função social da propriedade, analisando o processo de evolução da relação proprietário-bem, desde o início do constitucionalismo europeu até a introdução de uma função social na estrutura da propriedade, momento a partir do qual a referida relação passou a ser definida como uma situação jurídica subjetiva complexa. Nesse contexto, será abordado, também, o desenvolvimento da função social da propriedade no sistema constitucional do nosso país, oportunidade em que serão feitas algumas considerações sobre a aplicabilidade, os destinatários e os efeitos desse instituto, bem como sobre o seu papel como princípio fundamental na nossa atual Carta Magna.

Palavras-chave: propriedade, função social e constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A evolução da propriedade e sua função social: breve análise histórica. 3. Conceito de propriedade e de sua função social. 4. Função social da propriedade no ordenamento constitucional brasileiro. 4.1. As Constituições de 1824 e 1891. 4.2. A Carta Política de 1934. 4.3. A função social como princípio na Constituição de 1946. 4.4. A função social e a ordem econômica nas Constituições de 1967 e de 1969. 4.5. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. 4.5.1. A propriedade e sua função social como princípios da ordem econômica. 4.5.2.

A propriedade e sua função social entre os direitos e deveres individuais e coletivos. 4.5.3. Função social da propriedade e políticas urbana e agrária. 4.5.4. Destinatários da função social da propriedade. 4.5.5. A função social da propriedade e os bens móveis. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo expor alguns comentários sobre a função social da propriedade à luz do Direito Constitucional brasileiro, mediante uma breve análise do processo de evolução da natureza da propriedade no constitucionalismo europeu até a consolidação de seu conteúdo social no nosso ordenamento jurídico, especificamente na Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, será apresentada uma definição atual para a propriedade e para a sua função social, destacando-se a importância desta no âmbito constitucional, como princípio jurídico garantidor do direito de propriedade e norteador da atuação estatal na ordem econômica e social, bem como nas políticas urbana e agrária.

Será abordado, também, o desenvolvimento da natureza da propriedade e o nascimento de sua função social no sistema constitucional do nosso país, oportunidade em que serão feitas algumas considerações sobre a aplicabilidade, os destinatários e os efeitos da função social da propriedade, bem como sobre o seu papel como princípio fundamental do nosso texto constitucional de 1988.

Vale registrar que a abrangência e a dinamicidade do tema em destaque tornam inviável o esgotamento da matéria em poucas palavras, servindo as opiniões explanadas, neste trabalho, como ponto de partida para uma reflexão melhor acerca da função social da propriedade e de sua relevância para a concretização das normas constitucionais que regulam o direito de propriedade.

2. A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

Partindo de sua concepção romana como *ius utendi, fruendi et abutendi* (direito particular do proprietário usar, fruir e dispor da coisa que lhe

pertence), a propriedade, ao longo da evolução da sociedade política, foi agregando fatores políticos e econômicos a sua natureza, passando a ser considerada, já no Estado Moderno (séculos XVII e XVIII), como importante fonte de acumulação de riquezas, assumindo uma função extremamente capitalista, voltada para a constituição crescente e desenfreada de renda através do acúmulo de terras, cuja distribuição foi, no transcorrer da história moderna e contemporânea, se tornando cada vez mais desigual na população, conforme escreveu LOCKE (2005, p. 50) em sua clássica obra:

É evidente que os homens concordaram com a posse assimétrica da terra, tendo descoberto, pela aceitação tácita e espontânea, a maneira de alguém possuir licitamente mais terra do que aquela cujo produto pode utilizar, recebendo em troca, pelo excesso do produto, ouro e prata que pode guardar sem causar dano aos outros, uma vez que estes metais não se deterioram nem se estragam. Os homens viabilizaram tal divisão desigual de posses à margem da sociedade sem precisar de acordos especiais, atribuindo valor ao ouro e à prata, e concordando tacitamente sobre o uso do dinheiro; e havendo governos, as leis regulam o direito de propriedade, e constituições positivas determinam a posse da terra.

Nesse contexto, após a Revolução Francesa, o direito de propriedade, nas palavras de WALD (2002, p. 112):

[...] destaca-se assim dos direitos políticos, desligando-se do poder de jurisdição e do direito de cobrar imposto, e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites da regulamentação legal existente.

Nas disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a propriedade foi consolidada como “um direito inviolável e sagrado” (art. 17). A partir desse momento, “deu-se por afirmada a natureza

fundamental do direito de propriedade, manifestação necessária do direito de liberdade e à igualdade” (ROCHA, 2004, p. 69). Essa ideia foi bastante influenciadora dos sistemas jurídicos que elaboraram suas constituições sob o modelo constitucional europeu daquela época.

Nessa mesma linha de pensamento, o Código de Napoleão (1804), em seu art. 544, declarou a propriedade privada como “um direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. Aqui, porém, já se percebe uma limitação no exercício desse direito, no sentido de romper com a total liberdade concedida à relação proprietário-bem, fazendo com que a sua natureza absoluta passasse a ser considerada de forma relativa, o que resultou em uma contradição em face da interpretação desse artigo, pois, a partir do momento em que o uso e a disposição das coisas só poderiam ser feitos da maneira não proibida pelas leis e regulamentos, restava claro que a forma de administração dessa propriedade não seria feita da “maneira mais absoluta”.

As experiências vividas pelo Estado Liberal, durante todo o século XIX, mostraram que a noção de propriedade privada adotada pelo liberalismo econômico não atendia às necessidades da sociedade, uma vez que essa concepção se encontrava “longe da realidade e distanciada dos interesses do povo, servindo apenas à acumulação do capital e afastando o ser humano da natureza – em se tratando de bem imóvel –, isto é, de sua fonte primeira de vida” (GAMA & OLIVEIRA, 2008, p. 44).

As modificações sociais, políticas e econômicas que ocorreram durante a evolução do sistema capitalista até meados do século XX (crescimento populacional acelerado nas grandes cidades, êxodo rural em grande escala, aumento das desigualdades sociais, aparecimento de novas classes socioeconômicas, queda de regimes monárquicos e ressurgimento de democracias, desenvolvimento econômico voltado para a sustentabilidade social, etc.), assim como as crescentes reivindicações da sociedade em desfavor do uso cada vez mais abusivo da propriedade, cuja aquisição se dava (e ainda hoje se dá) de maneira desigual na população, fizeram com que o direito de propriedade também evoluísse, de forma que esse instituto jurídico, antes visto como uma relação proprietário-bem de natureza estritamente privada, exercida somente para o enriquecimento do titular do domínio, passou a ter um conteúdo social, o qual impôs uma

nova condição para o exercício das faculdades inerentes à relação entre o proprietário a e coisa que lhe pertence: o cumprimento de uma função social.

De acordo com DERANI (2002, p. 61):

Toda riqueza individual é socialmente produzida. É pela apropriação de recursos disponíveis a toda a sociedade e pelo concurso da força de trabalho e da renda das pessoas, destinada ao consumo em sociedade, que a riqueza é produzida. Essa apropriação individualizada de riqueza social é mais aguda quando se torna a apropriação de recursos naturais.

Ora, sendo a propriedade elemento de riqueza social e fonte de recursos naturais, e, uma vez adquirida pelo indivíduo com a ajuda, ainda que indireta, de toda a sociedade, conforme escreve a ilustre autora, nada mais justo do que objetivar uma função social no seu uso, na sua fruição, na sua disposição e na sua reivindicação, voltada para a satisfação do bem-estar coletivo.

Em razão disso, seria, então, a relação proprietário-bem reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico através de normas jurídicas que representam o direito de propriedade, o qual se traduz no “regime jurídico que incide sobre a propriedade, quer dizer, sobre a ligação havida entre o proprietário e o bem submetido a sua vontade e disposição” (ROCHA, 2004, p. 61).

Nas precisas palavras de DERANI (2002, p. 58):

Propriedade traduz uma relação, sobre a qual recai uma proteção jurídica. Não é propriedade um direito. Direito é sua proteção. Assim, direito de propriedade é o direito à proteção da relação de um sujeito sobre um objeto. Somente aquela relação que preenche requisitos determinados pelo direito é passível de ser protegida. Essa proteção pelo direito de uma relação individual entre sujeito e objeto justifica-se pelo seu efeito na sociedade. [...]

Função social da propriedade, portanto, não é função de direito nem de um bem inanimado, mas é a vinculação

dos efeitos da relação material sujeito-objeto com a sociedade. Falar em função social da propriedade é dispor sobre a instrumentalidade da relação de propriedade em relação à construção da sociedade.

Nesse sentido, MEIRELLES (2005, p. 577), utilizando as expressões do jurista Léon Duguit, precursor da teoria da função social, escreveu que a propriedade “deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza”.

A introdução de um conteúdo social no conceito de propriedade só ocorreu efetivamente com a consolidação do Estado Social, fruto do constitucionalismo social (iniciado com as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, da Alemanha, de 1919), onde, de acordo com ROCHA (2004, p. 74):

[...] a propriedade deixa de ser vislumbrada sob a ótica eminentemente privatista e passa a ser informada, em seu conteúdo, pela propriedade-função social. O princípio informador deste constitucionalismo traz a marca da Justiça social. Universaliza-se o constitucionalismo social e socializam-se os instrumentos de produção.

Surge, então, uma obrigação social qualificadora da função da propriedade, imposta pelo princípio da solidariedade, em virtude do qual se configura o direito de propriedade como um regime jurídico que, consoante as expressões de ROCHA (2004, p. 81):

[...] não pode ser vislumbrado apenas sob a ótica, o interesse ou mesmo o capricho de uma pessoa, como se ela existisse sozobrando em todo o mundo e o mundo não dependesse da ação conjunta de todos e da ação coordenada de cada um com os demais componentes da sociedade política.

Essa ideia de obrigação social, conforme complementa a nobre autora, tem, também, como fundamento o princípio da justiça social, o qual “contamina a função que a propriedade terá de cumprir para que se legitime

e possa ser buscada a sua destinação segundo compromisso solidário com todos e com cada qual dos membros da sociedade política” (ROCHA, 2004, p. 82).

Como consequência disso, o regime jurídico da propriedade passou, então, a ser regido não mais somente por normas de direito privado, mas, também, por normas de direito público, em face do constante interesse coletivo no desempenho de uma função social, com uma visão, agora, voltada, também, para a solução dos problemas relacionados com a distribuição desigual e concentração individualista da propriedade na sociedade, tendo como objetivo último a justiça social.

Muitos autores escrevem que a introdução da função social no conceito de propriedade está relacionada ao processo de *publicização* do direito civil (GUIMARÃES JÚNIOR, 2003, p. 115), pois a “introdução da função social em um ordenamento jurídico que reconhece e garante a propriedade privada implica a superação dessa contraposição entre direito público e privado” (GAMA & OLIVEIRA, 2008, p. 49).

Portanto, o regime que garante o direito de propriedade passou a ser composto por normas administrativas, ambientais, urbanísticas, agrárias, etc., mas tendo como base fundamental as normas constitucionais. Ao Direito Civil cabe apenas “disciplinar as relações jurídicas civis decorrentes do direito de propriedade” (FRANÇA, 1999, p. 1).

3. CONCEITO DE PROPRIEDADE E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

A evolução da sociedade e, conseqüentemente, do Direito, implicou o desenvolvimento da função da propriedade, em que ela deixou, assim, de ter um conteúdo estático, representado por uma relação de domínio egoístico do proprietário sobre o seu bem, para assumir uma natureza dinâmica, fundamentada nos princípios da justiça social e da solidariedade.

Nesse conteúdo dinâmico, passaram a coexistir um direito subjetivo individual do titular do domínio, fundado na relação proprietário-bem de caráter absoluto, exclusivo e perpétuo, e um direito subjetivo público da sociedade, fundado no cumprimento de uma função social como condição para o reconhecimento e a proteção do direito de propriedade no ordenamento jurídico.

Dessa forma, prevalece o entendimento doutrinário de que a propriedade

se define, atualmente, como uma situação jurídica subjetiva complexa, constituindo, conforme nos ensina SILVA (2007, p. 273), não mais uma só instituição, mas diversas instituições, diferenciadas “em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares”.

Na explicação contundente de MORAES (1999, p. 122), a propriedade “é *situação jurídica* porque é um *centro de interesses*. É uma *complexa situação* porque de ambos os lados encontram-se aspectos positivos e negativos, ativos e passivos” (grifos no original).

Logo em seguida, o ilustre autor arremata dizendo que:

Falar em propriedade é, em síntese, falar de uma *situação jurídica subjetiva complexa*, compreensiva de poderes, faculdades, deveres jurídicos, obrigações, encargos, ônus e limitações; sendo o vetusto *direito subjetivo de propriedade* apenas uma situação jurídica de ocorrência possível, em casos particulares, inservível para designar a multiplicidade fenomenológica do direito de propriedade. (grifos no original) (MORAES, 1999, p. 124)

Tão árduo como atribuir um conceito jurídico atual para a propriedade é esboçar uma definição concisa para a sua função social, tendo em vista as diversas, porém complementares, concepções trazidas pelos estudiosos do Direito acerca de sua natureza.

MORAES (1999, p. 111), após uma análise precisa da natureza da função social da propriedade, conclui que ela é definida como:

[...] o concreto modo de funcionar da propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposição de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada.

Por sua vez, GAMA & OLIVEIRA (2008, p. 51) observam que a noção de função social como limitação à propriedade não deve mais ser considerada como correta, em face do amplo reconhecimento constitucional que foi

dado à matéria. Em face disso, os ilustres autores complementam essa afirmação dizendo que:

[...] deve-se reconhecer que função social integra a propriedade; a função social é a propriedade, e não algo exterior ao direito de propriedade. E, uma vez não cumprida a função social, o direito de propriedade será esvaziado (GAMA & OLIVEIRA, 2008, p. 51)

Para BASTOS (2002, p. 363), a função social da propriedade “nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal”.

Hoje, a função social é reconhecida como princípio jurídico, disciplinado constitucionalmente para ser a direção do exercício das faculdades atribuídas ao proprietário, com o objetivo maior de vincular o uso, a fruição e a disposição da propriedade à satisfação do interesse coletivo, promovendo-se, assim, a justiça social.

Portanto, a função social da propriedade pode ser definida como o *fundamento constitucional de legitimação do direito de propriedade, que integra a estrutura desta para reconhecer e garantir o exercício desse direito no ordenamento jurídico vigente, sob a condição de terem que ser cumpridas obrigações impostas ao proprietário, direta ou indiretamente, com o objetivo de satisfazer o interesse coletivo e promover a justiça social.*

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

4.1. AS CONSTITUIÇÕES DE 1824 E 1891

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 e a da República de 1891 não fizeram qualquer menção à função social da propriedade, sendo protegido o direito do proprietário com todo o seu caráter particular (arts. 179 e 72, respectivamente). Previa-se, contudo, a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade social, não se referindo, no entanto, a uma

intervenção do Estado na propriedade como forma de garantia de uma função social.

4.2. A CARTA POLÍTICA DE 1934

Somente com a promulgação da Constituição de 1934 é que a função social foi inserida no nosso ordenamento jurídico, sendo a propriedade declarada como direito fundamental (ROCHA, 2004, p. 80). No inciso 17 do art. 113 da referida Carta Política foi garantido o direito de propriedade, cujo exercício não poderia se voltar contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse.

“Era apenas um limite negativo” (MORAES, 1999, p. 38), embora o constituinte daquele período já defendesse a introdução de uma função social no conteúdo do direito de propriedade. Entretanto, essa norma constitucional, a depender de lei que a regulamentasse, não possuía aplicabilidade imediata, pois estava condicionada à vontade do legislador infraconstitucional.

4.3. A FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

Após um silêncio total da Constituição de 1937 em relação a um sentido social no direito de propriedade, foi promulgada, então, a Constituição Brasileira de 1946, que deu uma atenção muito especial à função social da propriedade.

A partir dessa Carta Política de 1946, o exercício do direito do proprietário passou a ter como condição *sine qua non* o cumprimento de uma função que atendesse à coletividade, conforme interpretação do art. 147 daquele texto constitucional, o qual, ao mesmo tempo que condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social, afirmava que a “lei poderá, com observância do disposto no art. 114, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Sobre esse dispositivo constitucional, MORAES (1999, p. 39) afirma que:

O condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social era, inegavelmente, o reconhecimento explícito do princípio da função social da propriedade.

Inobstante o caráter programático do dispositivo, estava o legislador autorizado a intervir no domínio privado em benefício de toda a sociedade e a condicionar o exercício do direito de propriedade a um fim social.

Como prova disso, a função social inspirou o legislador do período daquela Carta Magna a disciplinar, no nosso ordenamento jurídico, a modalidade de desapropriação por interesse social (Lei nº 4.132/62), tendo como principal fundamento a satisfação do bem-estar social em detrimento do uso egoísta e abusivo da propriedade pelo particular. Mais tarde (1964), foram inseridas, no texto constitucional de 1946, normas que tratavam, em especial, da desapropriação da propriedade territorial rural para fins de reforma agrária (Emenda nº 10). Em face disso, o governo, vigente naquele mesmo ano, promulgou o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504), o qual, conforme disciplina seu art. 1º, procura regular os direitos e deveres referentes aos bens imóveis rurais, para os fins de implantação da reforma agrária e promoção da política agrícola (cf. ROCHA, 2004, p. 83).

4.4. A FUNÇÃO SOCIAL E A ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E DE 1969

Nas Cartas Magnas de 1967 e de 1969, a função social da propriedade assumiu a qualidade de princípio da ordem econômica (arts. 157 e 160, inciso III, respectivamente), coexistindo com a garantia do direito de propriedade (arts. 150, § 22, e 153, § 22, respectivamente). O art. 157 da Norma Fundamental de 1967, em seu § 1º, atribuiu à União a competência para promover desapropriação da propriedade territorial rural para a promoção da função social. Por sua vez, a nossa Carta Política de 1969, em seu art. 161, *caput* e § 2º, manteve a competência da União para desapropriar propriedade territorial rural, limitada a áreas incluídas em zonas prioritárias e que somente poderia ser exercida quando o bem contrariasse o princípio da função social.

O Estado passou, então, a ter a função social da propriedade como fundamento para sua intervenção no domínio econômico, com a finalidade de garantir o desenvolvimento nacional e a justiça social.

4.5. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a função social da propriedade manteve o seu *status* de princípio da ordem econômica, porém, foi inserida no conteúdo estrutural da propriedade, uma vez que, antes de 1988, no ordenamento jurídico brasileiro, ela “foi considerada a principal limitação de direito constitucional à propriedade; incluía-se a função social dentro das limitações ao direito de propriedade, como se fosse algo exterior a ele” (GAMA & OLIVEIRA, 2008, p. 51).

4.5.1. A propriedade e sua função social como princípios da ordem econômica

A CRFB de 1988 declarou, em seu art. 170, inciso II, que a propriedade privada, assim como a função social da propriedade, também se constitui em um dos princípios da ordem econômica, a “fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

O nosso atual texto constitucional visualizou, portanto, a importância da propriedade privada para a ordem social e econômica em um ordenamento jurídico que adotou o capitalismo como sistema de produção dos bens necessários ao desenvolvimento social, em que ela representa “uma das vigas mestras do nosso sistema econômico, respaldando a premissa de que os meios de produção devem estar com o setor privado” (TOLEDO, 2004, p. 189). Em face disso, impôs-se ao Estado a “proteção aos bens econômicos de propriedade particular, cuja detenção não pode sofrer ameaça ou contenção, a não ser em casos excepcionais, que a Constituição predetermina” (TOLEDO, 2004, p. 189).

A Carta Magna de 1988 declarou, pois, a propriedade privada como princípio da ordem econômica com a finalidade de impor limites à intervenção estatal no domínio econômico. Entretanto, visando combater o abuso de direito e a distribuição desigual de propriedades na sociedade, o que compromete o desenvolvimento econômico e social do país, como também contraria os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 3º da referida Carta Política, o nosso constituinte, sabiamente, declarou também a função social da propriedade como

princípio da ordem econômica, no sentido de legitimar qualquer intervenção do Estado na relação particular proprietário-bem, que busque satisfazer o interesse social e garantir o progresso da economia do nosso país.

4.5.2. A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL ENTRE OS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A nossa Constituição vigente trouxe, no seu capítulo que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a propriedade e sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII, respectivamente).

Isso significa dizer que a propriedade representa um direito fundamental garantido constitucionalmente sob o fundamento do princípio jurídico da função social, de forma que a propriedade “não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado”, e a sua previsão entre os direitos individuais significa a garantia constitucional não da *propriedade privada*, mas da *propriedade enquanto instituição*, no seu aspecto geral, “não mais, porém, na extensão que o individualismo reconheceu” (SILVA, 2007, p. 270-271).

Tanto a propriedade como a sua função social, disciplinadas no art. 5º da nossa atual Carta Política, foram cimentadas no nosso sistema jurídico, uma vez que, por força do art. 60, § 4º, IV, estão configuradas como cláusulas pétreas, não podendo ser removidas do nosso texto constitucional, ainda que por meio do poder constituinte derivado. E uma eventual alteração desses institutos está condicionada a não contrariar o conjunto das normas constitucionais que se referem ao assunto, além de ter que se submeter a um rigoroso processo legislativo.

Sobre a aplicabilidade imediata da função social da propriedade enquanto princípio constitucional, disposta no art. 5º da nossa atual Carta Política, a despeito de alguns autores atribuírem a ela um caráter programático, entende-se, perfeitamente, que a sua aplicação há de ser direta e imediata em todas as situações referentes ao direito de propriedade, consoante dicção do parágrafo primeiro do mencionado dispositivo constitucional (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

De acordo com lição de CANOTILHO (1993, p. 186), a aplicabilidade imediata das normas de direitos, garantias e liberdades constitucionais

significa “a rejeição da ideia criacionista conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal”. Nesse sentido, explica o respeitado constitucionalista português que a aplicação direta e imediata “não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa”, mas significa também que “eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição” CANOTILHO (1993, p. 186). Assim, conclui o notável mestre lusitano que:

[...] a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (CANOTILHO, 1993, p. 186)

Portanto, inegáveis são as palavras de SILVA (2007, p. 282) ao afirmarem que a “norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”.

4.5.3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E POLÍTICAS URBANA E AGRÁRIA

A Constituição Federal de 1988 menciona de forma expressa a função social da propriedade nos seus capítulos que versam sobre as políticas urbana (art. 182) e agrícola (arts. 184, 185 e 186), gerando para o Poder Público o dever de intervir na propriedade privada com os objetivos de promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes (caput do art. 182), atendendo-se, dessa forma, às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor de cada Município (§ 2º do art. 182), quanto à propriedade urbana, e garantir a execução da reforma agrária, mediante o procedimento da desapropriação, com direito à indenização para o proprietário, quando as grandes terras rurais improdutivas não cumprirem uma função social, ou seja, quando não atenderem ao aproveitamento racional e adequado,

à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, à observância das disposições que regulam as relações de trabalho e à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (incisos I a IV do art. 186).

O art. 185 da Norma Fundamental de 1988 estabelece que a propriedade rural produtiva não será objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, ainda que não esteja ela cumprindo, de fato, uma função social. No entanto, o parágrafo único do mencionado citado dispositivo constitucional preceitua que “a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social”.

Em outras palavras, isso quer dizer que o fato de a propriedade rural produtiva não poder ser alvo de expropriação estatal para a execução da reforma agrária, não representa que ela esteja livre do cumprimento de uma função social, haja vista a previsão do texto constitucional no sentido de garantir a efetivação desta, ainda que mediante legislação infraconstitucional, a qual, no entanto, não poderá contrariar os ditames constitucionais do princípio da função social da propriedade.

Em relação à política urbana, o princípio da função social da propriedade estimulou o legislador ordinário a elaborar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), o qual representa um importante instrumento normativo de aplicação desse princípio, garantindo, entre outros benefícios, o “direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”, o “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”, a “justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”, e a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (art. 2º, incisos I, IV, IX e XII, da Lei nº 10.257/2001).

Com relação à intervenção estatal na propriedade privada, BANDEIRA DE MELLO (2009, p. 863) deixa transparecer, com razão, que a função social da propriedade representa o fundamento normativo constitucional

da desapropriação, servindo a referida de instrumento utilizado pelo Estado com a finalidade de efetivação da política urbana e da realização da reforma agrária, as quais representam, em um sentido maior, a satisfação do interesse social em desfavor do exercício irregular dos direitos do proprietário, isto é, desligados do cumprimento de uma função social.

4.5.4. DESTINATÁRIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade, sendo um princípio constitucional fundamental, tem efeito vinculante, pois representa norma de direção e interpretação no Direito, contendo decisão política fundamental que o constituinte acolheu no texto constitucional (SILVA, 2007. p. 95), destinando-se, portanto, não só ao proprietário e ao legislador, mas, também, ao administrador, ao magistrado e até aos não-proprietários.

Conforme escreve BULOS (2002, p. 150), a função social da propriedade:

Trata-se de um dever irrenunciável, indisponível, porque de ordem pública, ainda que este dever se correlacione com o exercício de um dever individual, geneticamente tido como um dever disponível e transacionável, que inclusive poderá deixar de sê-lo em razão do princípio da função social.

Portanto, o proprietário deve exercer o seu direito de propriedade vinculado ao cumprimento da função social; o legislador, ao normatizar sobre o assunto, vincula-se também a esse princípio constitucional; o administrador, no exercício da função administrativa, encontra-se obrigado a seguir os ditames estabelecidos pelo sentido social do direito de propriedade; havendo conflitos sobre o tema, o intérprete aplicador do Direito deve orientar-se pela concretização da função social; por fim, os não-proprietários representam os titulares dos direitos coletivos decorrentes da aplicação desse princípio fundamental, sendo previstos, constitucionalmente, os instrumentos da ação popular e da ação civil pública como remédios para a garantia desses direitos.

4.5.5. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS BENS MÓVEIS

Apesar de o constituinte de 1988 não ter feito especificação sobre a abrangência do princípio da função social sobre a propriedade móvel, é indiscutivelmente reconhecido pela doutrina constitucionalista a sua incidência sobre os bens móveis (corpóreos e, até mesmo, os incorpóreos), desde que possam ser expressos economicamente, pois a propriedade não é um direito “intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder” (DUGUIT *apud* BULOS, 2002, p. 150).

Nesse sentido, BULOS (2002, p. 150) afirma que a extensão da função social da propriedade deve ser encarada “sob o aspecto real do poder jurídico de disposição que compete ao titular desse direito. Se esse poder recair sobre bens móveis, a sua extensão poderá facilmente ser estipulada, tendo-se em vista que ocupam no espaço lugar nitidamente definido”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O centro das discussões sobre a propriedade sempre envolveu a natureza de sua função, cujo desenvolvimento, ao longo da história da humanidade, teve um importante papel na evolução do próprio conceito de propriedade.

Esse processo evolutivo não ocorreu de forma retilínea, uniforme, em um sentido do individual para o social, pois a função da propriedade teve – e ainda tem – o seu rumo estabelecido pelo ordenamento jurídico no tempo e no espaço, de acordo com os objetivos do Estado no exercício de suas funções públicas, que variam de acordo com a vontade dos dirigentes e, em último campo, da sociedade.

Em consequência desse desenvolvimento constante, a propriedade não se resume mais àquela noção clássica de direito natural, voltado essencialmente para a subsistência humana, uma vez que houve a sua positivação jurídica, inclusive na órbita constitucional, como forma de determinar a ela o cumprimento de uma função social. Possui ela, ainda, um caráter provedor das necessidades individuais, só que, atualmente, existe o dever social de atender a interesses supraindividuais, muito mais além, portanto, do que os anseios particulares do proprietário.

E a base elementar da propriedade que justifica a satisfação de interesses coletivos encontra-se revestida pelo princípio da função social da propriedade, reconhecido constitucionalmente como um dos objetivos traçados pela República Federativa do Brasil, norteador de toda atividade estatal na ordem econômica e social que tenha como finalidade a rejeição do individualismo possessivo, como forma de garantir a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da supremacia do interesse público e da justiça social.

A CRFB de 1988 trouxe uma dimensão ainda maior à função social da propriedade, disciplinando-a como fundamento constitucional estruturador do direito de propriedade, em face de suas acepções econômicas, sociais, ambientais e culturais, personificadas através de um princípio jurídico fundamental para a garantia do bem-estar social, no presente e no futuro.

A sociedade, portanto, depende dos bens econômicos, da preservação do meio ambiente e da proteção de sua cultura para a projeção de sua própria existência. A propriedade, enquanto vista como instrumento de apropriação de recursos naturais apenas para a satisfação de interesses econômicos individuais, representa um entrave tanto para o desenvolvimento econômico, social e cultural da população, como para a conservação de um meio ambiente protegido e equilibrado.

O proprietário, bem como o Estado, representado pelos poderes legislativo, executivo e judiciário, e também toda a sociedade política, são peças fundamentais para a harmonização entre o direito fundamental de propriedade, o princípio de sua função social e os direitos coletivos e difusos, pois o cumprimento da função social, cultural e ambiental da propriedade assume um importante papel na garantia de uma vida digna e justa para o ser humano, e de uma existência duradoura e próspera para o nosso *habitat*.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002;

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 4ª ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993;

DERANI, Cristiane. A propriedade na constituição de 1988 e o conceito da “função social”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, jul.-set. 2002;

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 24 abr 2009;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008;

GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan.-mar. 2003;

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009;

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999;

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. *In*: BACELLAR FILHO, Roberto (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor**

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007;

TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 11ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA: A FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA NA HIPÓTESE DE GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.

Lígia Cireno Teobaldo.

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.
Advogada.

RESUMO: A Emenda Constitucional nº. 45/2004, que implementou a Reforma do Judiciário, introduziu no texto constitucional, no art. 109, V-A, uma nova hipótese de competência federal, a ser implementada através do instrumento processual previsto no §5º do mesmo dispositivo: o incidente de deslocamento de competência. A nova previsão constitucional de competência, todavia, não foi recebida de modo homogêneo pela doutrina, suscitando dúvidas sobre sua constitucionalidade, bem como sobre sua natureza e aplicabilidade prática. O presente artigo tem por objetivo analisar a divergência doutrinária sobre o tema, cotejando-a com o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Palavras-chave: EC45/2004; Reforma do Judiciário; Competência; Federalização; Incidente de Deslocamento de Competência; Inconstitucionalidade; Legislação Simbólica; Direitos Humanos;

A Emenda Constitucional nº. 45/2004, que implementou a chamada “Reforma do Judiciário”, se propôs a efetuar, no direito brasileiro, aquilo que **Vicente de Paula Ataíde Júnior**¹ observou como a “transição do

¹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **A reforma do judiciário e a Emenda Constitucional nº. 45/2004.** Revista de Doutrina da 4ª Região. Edição 52 (publicada em 18.11.2005). Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – Emagis. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/vicente_junior.htm. Acesso em: 22.07.2013.

modelo tecno-burocrático para o modelo democrático-contemporâneo de prestação jurisdicional”, tendo por base dois principais fatores: i) o redimensionamento das regras processuais, de modo a permitir a adaptação do processo às peculiaridades do direito material; ii) a implementação de sistemas de gerenciamento judiciário, com vistas à otimização qualitativa da atividade.

Assim, estando imbuída preponderantemente de tal propósito reformista, a EC nº. 45/04 operou, tendo em vista justamente tal adaptabilidade processual, determinadas mudanças em regras de competência jurisdicional, dentre as quais se destacou a federalização das causas relativas a direitos humanos mediante provocação do Procurador Geral da República, nos termos do art. 109, inciso V-A e o §5º, da Constituição Federal, que preveem, respectivamente:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...)

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

(...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Todavia, a nova previsão de competência federal, acompanhada de um novo instrumento processual de implementação – o incidente de deslocamento de competência, previsto no §5º –, foi recebida pela doutrina com algumas ressalvas, gerando posicionamentos conflitantes. Há quem entenda tratar-se de medida que se encontra em plena harmonia com o sistema constitucional, refletindo comprometimento do Estado com a proteção aos direitos humanos². Há, todavia, quem entenda tratar-se de

² PIOVESAN, Flávia. **Federalização dos crimes contra os direitos humanos**. RBC-CRIM 54/169.

norma inconstitucional, pela violação ao princípio do juiz natural³. Há, ainda, quem sustente tratar-se de hipótese constitucional de legislação simbólica⁴.

Segundo **Eugênio Pacelli**⁵, com a nova previsão não se estabeleceu a competência exclusiva da justiça federal para o julgamento de crimes contra os direitos humanos; ao contrário, reafirmou-se a regra da competência estadual, ficando a competência federal a depender do atendimento a requisitos específicos, constitucionalmente previstos. Ademais, afirma ainda o autor, em relação ao incidente de deslocamento de competência, que não seria necessária a internacionalização da conduta, como no caso do inciso V (quando houver internacionalização da conduta, a competência permanece sendo da justiça federal, não havendo por que se discutir a aplicação do inciso V-A em face da prevalência do inciso V).

Assim, de acordo com **Eugênio Pacelli**⁶, o primeiro requisito a ser exigido para a intervenção do Procurador Geral da República é a afirmação da existência de grave violação a direitos humanos. Para o autor, o exame da matéria, tal como ocorre com a identificação do interesse nacional, deverá incluir apreciação acerca do grau de repercussão da conduta, em relação à efetiva possibilidade de intervenção da administração e das autoridades federais para a repressão e prevenção de tais delitos. Exige-se, pois, grave violação a direitos humanos, bem como o tangenciamento, no âmbito das relações internacionais, dos deveres assumidos pelo estado brasileiro. Assim, entendendo presentes os requisitos constitucionais, o PGR suscitará o conflito, em qualquer fase do inquérito ou do processo (o que para **Pacelli**⁷ inclui o deslocamento da ação penal até mesmo em grau de recurso – fato também observado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a AMB, que afirma que a expressão empregada no §5º do art. 109 da CF/88 autoriza até mesmo o deslocamento para a justiça federal de casos já julgados pela

³ ADI nº. 3.486, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

⁴ B. CASTRO, Elayne Manuelle. **Deslocamento da competência para processar crimes contra os direitos humanos: mais uma das facetas do direito penal simbólico?**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 23.11.2005. Acesso em: 22.07.2013.

⁵ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

⁶ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

⁷ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

justiça estadual), submetendo a questão ao STJ (a opção pela competência do STJ foi acertada, segundo **Pacelli**⁸, porque é dele a competência para resolver conflitos de competência entre a justiça estadual e a federal), ao qual cabe decidir pela alteração ou não da jurisdição.

A constitucionalidade do aludido deslocamento, todavia, tem sido questionada sob várias perspectivas, como, p. ex., a diminuição do *status* de igualdade dos Procuradores Gerais de Justiça dos Estados em relação ao Procurador Geral da República (que ficaria na confortável posição de árbitro da conveniência de modificação ou não da competência estadual) e a diminuição das funções da própria justiça estadual e das autoridades estaduais encarregadas das investigações, conferindo-se indevida supremacia à justiça e autoridades federais.

De fato, foi ajuizada, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a AMB, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.486 (ainda pendente de julgamento), em face da Emenda Constitucional nº. 45/2004, na parte em que inseriu o inciso V-5 e o §5º no art. 109 da Constituição Federal. Segundo sustenta a AMB no bojo da inicial, “os termos utilizados pelo legislador constituinte derivado já permitem a constatação de que não se trata de hipótese objetiva de competência, até porque a norma não definiu com precisão o seu âmbito de incidência, optando por adotar critério extremamente impreciso e elástico: a gravidade do crime”⁹.

Para a AMB, “criou-se uma competência penal absolutamente extravagante, pois, além da fluidez e pouca segurança dos critérios que a delimitam, foi a mesma submetida a um prévio juízo de conveniência e oportunidade do Chefe do Ministério Público Federal, a ser confirmado ou não pelo Superior Tribunal de Justiça”. Assim, teria a EC nº. 45/2004 criado uma competência constitucional-penal discricionária e incerta, que violaria as garantias constitucionais do processo penal, dentre as quais as previstas no art. 5º XXXVII, XXXVIII, XXXIX e LIV da Constituição Federal.

Aliás, sobre a discricionariedade da atuação do Procurador Geral da República na hipótese de deslocamento da competência, o Min. Celso Limongi, no julgamento da IDC2 (“Caso Manoel Mattos”) no Superior

⁸ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

⁹ STF, ADI nº. 3.486. Relator: Min. Dias Toffoli.

Tribunal de Justiça, chegou mesmo a fazer, em seu voto, uma ressalva quanto à possível violação do princípio da isonomia, reportando-se a Inocêncio Coelho e Ingo Wolfgang Sarlet:

Antes de terminar, permitam-me – reportando-me, novamente, ao estudo feito pelo Professor Inocêncio Coelho e fazendo minhas as suas palavras – “denunciar, como preconceituosa, a despeito de bem intencionada, a ideia de que as graves violações de direitos humanos, pelos danos que possam provocar à imagem do Brasil no Exterior, devam ser entregues aos cuidados de agentes federais, para tanto e desde logo reputados mais competentes e acima de qualquer suspeita – policiais, membros do Ministério Público e magistrados da União –, deixando-se as demais lesões a esses direitos, assim como as infrações penais em geral, consideradas de menor importância, sob a responsabilidade das falíveis e menos confiáveis instituições estaduais, onde serão investigadas, processadas e julgadas, como Deus for servido, pelos comuns mortais”.

Diz-se, sobretudo, que o deslocamento em questão vai de encontro à própria ordem constitucional, e com isso estou de acordo. Em significativo trabalho coordenado pelo Professor Ingo Wolfgang Sarlet – “A reforma (deforma?) do Judiciário...” *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* n. 4 –, escreveu-se o seguinte:

Na esteira, entre outros, de Scarance Fernandes, é legítimo argumentar que o incidente implica em violação substancial do princípio isonômico, naquilo que assegura que tanto a acusação quanto a defesa devem dispor de paridade de armas no processo penal. No mesmo sentido, bem anota Ferrajolli:

“Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por outro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias

al interrogatório del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos.”

A igualdade de partes, como bem salienta Scarance Fernandes não exclui, todavia, a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível de proteção da parte inferiorizada. Justificando o presente entendimento, o processualista traz a colação o favorecimento da defesa em determinadas situações em razão de princípios relevantes do processo penal, como *in dubio pro reo* e *favor rei*.

Ora, é preciso dar-se conta que no incidente ocorre justamente o inverso! Além de a acusação ser promovida pelo Estado contra um indivíduo, relação por si só em geral desigual, criou-se um instrumento que desequilibra ainda mais a balança, uma vez que, além de tudo, a parte acusatória irá escolher qual juízo que irá julgar sua ação! Em razão também disso e de tudo que já foi colocado, é que o incidente situa-se na direção oposta do que se vem entendendo como uma das finalidades do processo, ou seja, a de ser “instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais”, ou melhor, dos direitos e garantias fundamentais.

Soma-se a essas considerações a circunstância de o incidente de deslocamento de competência significar perigoso retrocesso jurídico também naquilo em que revitaliza o “direito penal do autor”. Do último trabalho mencionado destaco ainda este valioso comentário:

Aliás, a formulação mais do que ampla de “grave violação” possibilita que o exclusivo legitimado para provocação do incidente escolha quem será o “cliente deste procedimento”, permitindo, não apenas a punição pelo que a pessoa fez, mas pelo que ela é. Esta faculdade diverge frontalmente do discurso dominante no seio da doutrina penal contemporânea, no sentido de que se deve superar a punição do autor e punir o cometimento do fato. A propósito, anota Ferrajoli, que “*las normas penales constitutivas, en efecto, no vetan, castigan inmediatamente. O, se se quiere, no prohíben actuar sino ser*” (FERRAJOLI, Luige. op.cit. p. 504). Ainda, nos relata

o jurista italiano, que esta previsão já foi utilizada infinitas vezes na história do direito penal, ocupando-se por vezes das bruxas (refere-se ao preceito bíblico “No permitirás vivir a las brujas”), dos judeus, ciganos, hereges, infiéis, classe, inimigos do povo, da revolução, subversivos, vadios e vagabundos, e, nesta quadra, podemos dizer dos doravante designados de “inimigos dos direitos humanos”!!! O dispositivo permite que o Procurador-Geral da República aponte discricionariamente quem é (e o verbo “ser” é utilizado propositadamente) o perigoso inimigo dos direitos humanos. Embora o dispositivo em tela não contenha uma norma incriminadora, mas de competência penal, a disciplina posta pela emenda da Reforma do Judiciário pode enveredar pelo caminho, como nos contam Zaffaroni e Nilo Bastista, de supor que “o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais”. Este sintoma, anotam os autores, pode ser de natureza moral, tratando-se “de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico”; ou, para outra teoria do direito do autor a inferioridade com os demais se dá por “natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BAPTISTA, Nilo; e outros. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131). A previsão de deslocamento em si não traz nenhuma punição por prever determinada característica de um indiciado ou réu, mas possibilita que ocorram perseguições em razão da característica pessoal (o ser e não o fato em si), pois a “inferioridade” poderá ser afirmada, em razão da generalidade da previsão, de forma arbitrária, pelo exclusivo legitimado para propor o incidente ainda que sujeita a um indeferimento.

Já **Guilherme de Souza Nucci**¹⁰ faz uma interpretação diametralmente oposta do mesmo dispositivo. Para o autor, “o disposto pelo §5º, em inserção feita pela EC45/2004, teve por finalidade garantir, justamente, o

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário : direito processual penal ; v. 1, p. 541.

princípio maior do juiz imparcial, decorrência óbvia do juiz natural. Não se trata de considerar a justiça federal mais imparcial que a estadual, muito menos mais preparada ou especializada em direitos humanos. O Brasil é uma República Federativa e, como tal, as questões criminais atingem níveis estaduais ou nacionais; neste último caso, torna-se prudente seja julgada pela justiça federal, visto existir interesse, como regra, da União.”

No mesmo sentido, também **Simone Schreiber e Flávio Dino de Castro Rocha**¹¹ observam que “para uma adequada compreensão desta dimensão do tema, é fundamental superar uma visão mitificada acerca do federalismo, concernente a uma suposta autonomia absoluta dos entes subnacionais. Esta visão distorcida está na base de muitos discursos contra a preconizada federalização, daí o relevo desta abordagem. (...) Fica evidente que a proposta de excepcionalmente ocorrer a federalização da competência para o julgamento de crimes contra os direitos humanos objetiva a aplicação, neste campo, de um sistema de exercício cooperativo de competências jurisdicionais, o qual, aliás, não constitui novidade.” Segundo observam os autores, a cooperação, neste caso, apenas seria desencadeada quando, em face de determinadas conjunturas históricas, as instâncias de poder dos entes subnacionais se revelassem insuficientes para cumprir os objetivos inscritos na Constituição, convocando-se então órgãos federais para atuar conforme regras estabelecidas.

De acordo com **Nucci**, a previsão do incidente de deslocamento de competência para os casos de grave violação de direitos humanos advém da “constatação pura da realidade fática de casos pretéritos”. Segundo o autor, em alguns casos se verifica tamanha intromissão do crime organizado nas organizações estaduais, com elevado grau de domínio nas estruturas locais de poder, que não resta outra alternativa senão “buscar refúgio no âmbito da União”. Segundo **Nucci**¹², “o juiz estadual padece de maior influência do poder de seu Estado, pois o judiciário encontra-se no mesmo patamar do Executivo e do Legislativo locais”.

¹¹ SCHREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Federalização da competência para julgamento de crimes contra os Direitos Humanos**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 16.08.2002. Acesso em: 22.07.2013.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário : direito processual penal ; v. 1, p. 541.

De modo análogo, também **Flávia Piovesan**¹³ afirma que “para os Estados, ao revés, cujas instituições mostrarem-se falhas ou omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que: (a) assegurará maior proteção à vítima; (b) estimulará melhor funcionamento das instituições locais em casos futuros; (c) gerará a expectativa de respostas efetiva das instituições federais; e (d) se ambas as instituições – estadual/federal – mostrarem-se falhas ou omissas, daí, sim, será acionável a esfera internacional – contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se a chance à União de responder ao conflito, esgotando a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional).”¹⁴

Já **Elayne Manuelle Braga de Castro**¹⁵, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, aponta que “cumpre verificar se o deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal nos casos de grave violação de direitos humanos surgiu como mais uma medida do programa de contenção da criminalidade que vem sendo conduzido pelo governo, dentro da expectativa de que o endurecimento da resposta penal é a solução para o problema da violência. Em um contexto no qual, nos últimos 20 anos, todos os esforços concentram-se no aumento de penas e demais medidas coercitivas, não é surpresa que seja inserida na Constituição Federal, via emenda, uma medida cujo caráter simbólico é patente. (...). O legislador (*in casu*, mais propriamente, o constituinte reformador), premido por esta força social, editou uma emenda constitucional acreditando na ilusão de que, como num passe de mágicas, seriam corrigidas todas as distorções do sistema jurisdicional penal.”¹⁶

¹³ Observe-se que, antes mesmo da EC45/2004, Flávia Piovesan já sustentava que “faz-se fundamental desenvolver o estudo da normatividade internacional dos direitos humanos, na medida em que consagra parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados. Além disso, o aparato internacional conjuga-se com o Direito interno, ampliando, fortalecendo e aprimorando o sistema de proteção dos direitos humanos, sob o princípio da primazia da pessoa humana. Há que se combinar a sistemática nacional e internacional de proteção, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.” Ver PIOVESAN, Flávia. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 11.09.2000. Acesso em: 22.07.2013.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Federalização dos crimes contra os direitos humanos**. RBC-CRIM 54/169.

¹⁵ B. CASTRO, Elayne Manuelle. **Deslocamento da competência para processar crimes contra os direitos humanos: mais uma das facetas do direito penal simbólico?**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 23.11.2005. Acesso em: 22.07.2013.

¹⁶ Segundo observa Orlando Villas Bôas Filho, “mediante a distinção (típico-i-

Todavia, para **Fredie Didier Jr.**¹⁷ (que considera que, embora o inciso V-A se relacione, por suposto, ao inciso V, que cuida de competência penal, o §5º do art. 109 da CF/88 adjetiva a “violação” apenas como “grave”, sem qualquer restrição quanto à natureza do ilícito, se cível, administrativo ou penal), criou-se regra de competência baseada em conceito jurídico indeterminado, cujo “objetivo não declarado é o de retirar da competência estadual causas que, em razão de sua magnitude, pudessem vir a sofrer com as influências políticas locais”.

De fato, já há no STJ afirmação da validade do incidente neste sentido, tendo o Tribunal acrescido um novo requisito, além dos constitucionalmente previstos, para o deslocamento: a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas. Segundo destacou a Min. Laurita Vaz,

deal) entre funções instrumentais, expressivas e simbólicas da legislação, Marcelo Neves define a legislação simbólica como aquela em que há o predomínio ou hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico). Nesse sentido, a marca distintiva da legislação simbólica consistiria na “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.” Definida, portanto, a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa, Marcelo Neves, baseando-se em Harald Kindermann, propõe uma tipologia tricotômica que, em seu entendimento, seria expressiva de seu conteúdo. Nesse sentido, a legislação simbólica serviria a diversos propósitos: a) confirmação de valores sociais; d) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais); c) fórmula de compromisso dilatatório (adiamento de solução dos conflitos). Entretanto, é preciso notar que, posta nesses termos, a problemática relativa à legislação simbólica se afigura muito mais complexa que sua simples redução à questão da irrelevância social da legislação ou da carência de eficácia normativa de certos textos legais. A legislação simbólica apresentaria efeitos sociais “indiretos e latentes” que, muitas vezes, seriam mais relevantes que os “efeitos manifestos” de que careceria. Nesse sentido, a legislação simbólica seria caracterizada justamente por ser normativamente ineficaz, sem que disso resultem apenas efeitos negativos, dentre os quais sobressai sua incapacidade de direção normativa das condutas. Entretanto, os efeitos positivos dessa legislação seriam essencialmente políticos e não propriamente jurídicos”. Ver VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **O Problema da Constitucionalização simbólica** (Resenha do livro: NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2007). Disponível na internet: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>. Acesso em: 22.07.2013.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento (vol. 1). Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 186 e ss.

relatora do IDC2:

Os direitos humanos sempre tiveram lugar de destaque nos textos das Constituições brasileiras. Na atual Constituição Federal de 1988, o legislador deu enorme ênfase aos direitos humanos.

Dentre os princípios fundamentais estão a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (inciso III do art. 1.º), e a prevalência dos direitos humanos, que rege as relações internacionais do Brasil (art. 4.º, inciso II).

Os tratados internacionais sobre direitos humanos, submetidos a regime de votação especial em cada Casa do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais (§ 3.º do art. 5.º, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004).

O hodierno entendimento do Supremo Tribunal Federal, aliás, é no sentido de considerar que os tratados internacionais sobre direitos humanos, que foram aprovados pelo Congresso Nacional fora da hipótese do § 3.º do art. 5.º, são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio como norma suprallegal.

Há expressa indicação do legislador constituinte de que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7.º).

A União pode se valer da intervenção nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância de princípios constitucionais, dentre eles, os direitos da pessoa humana (alínea *b*, inciso VII, do art. 34).

Nesse contexto, o Legislador preocupou-se em criar mais um instrumento apto a garantir a prevalência dos direitos humanos, mormente prevendo uma forma mais branda de intervenção da União na esfera estadual, desde que atendidos certos pressupostos.

O incidente de deslocamento de competência, por iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, de fato, permite à União a excepcional intervenção na esfera de atuação local, de uma forma menos drástica do que a intervenção prevista nos moldes do art. 34, visando ingressar supletivamente em casos que, eventualmente, pudessem trazer consequências danosas para o Brasil no cenário internacional, quando

constatado o desrespeito a compromissos assumidos nessa seara.

Trata-se, como se sabe, de instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o § 5.º ao art. 109 da Constituição Federal, *in verbis*:

“§ 5.º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Oportuno destacar que inexistente legislação ordinária disciplinando a norma constitucional, o que, no entanto, não afasta sua imediata aplicabilidade, a teor do § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal:

“§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Assim, cabe a este Superior Tribunal de Justiça a tarefa de delimitar suas nuances até que o legislador ordinário o faça.

Dessume-se da norma constitucional que o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos:

- (1) a existência de grave violação a direitos humanos;
- (2) o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e
- (3) a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

Os dois primeiros estão expressos na Carta Magna; o terceiro se apresenta como consectário lógico daqueles. Afinal, só se justificaria a transferência da competência no caso de o Estado não estar cumprindo suas obrigações institucionais.

Concluiu, portanto, o Superior Tribunal de Justiça que não basta a existência da grave violação de direitos humanos e o risco de

responsabilização internacional em função do descumprimento de obrigações previamente assumidas em tratados internacionais. É preciso, ainda, que fique demonstrada a incapacidade das autoridades locais de lidar com a questão, ao ponto de justificar o deslocamento da competência.

Segundo ressaltou o Min. Celso Limongi no julgamento do IDC2, lembrando o posicionamento do Min. Arnaldo Esteves no julgamento do IDC1 (“Caso Dorothy Stang”), a competência das autoridades locais deve ser observada e preservada, somente sendo possível modificá-la excepcionalmente em face da natureza extraordinária das circunstâncias:

Quando se inaugurou, aqui no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento de pedido dessa natureza, o então Relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, corretamente assentou que, como regra, deve prevalecer – ser apoiada e prestigiada – a competência originária das instituições públicas constitucional e legalmente investidas para atuar em casos como o dos autos, a saber, a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário locais.

Somente é possível afastar a atuação desses órgãos mediante “provas indúvidas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais ou materiais etc. em levar a cabo a apuração e julgamento dos envolvidos na repugnante atuação criminosa” – e, aqui, refiro-me ao terceiro pressuposto.

De fato, não basta a grave violação de direitos humanos, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil, pois é preciso saber se as instituições referidas usaram de suas estruturas para dar adequada resposta à violação desses direitos, no caso, ao trágico assassinato do “defensor dos direitos humanos, Manuel Mattos” – expressão usada pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

Ora, a presente pretensão funda-se na presunção de que o problema atinente às violações perpetradas por grupos de extermínio na região da divisa entre Pernambuco e Paraíba estará resolvido com o deslocamento da competência, pois tanto a polícia quanto o Judiciário da União, em princípio, não padeceriam dos males que, no particular, desqualificam as autoridades estaduais para o exercício das suas atribuições constitucionais.

Com a proposta de emenda à Constituição que gerou a inclusão do inciso V-A no art. 109, bem como do § 5º (cuja constitucionalidade se questiona na ADI n. 3.486), “o Governo Federal” – nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho – “tornava público e registrava em letra de forma que, aos olhos da União, tanto a polícia quanto a justiça estaduais, manipuladas por interesses locais, teriam perdido as condições mínimas para reprimir as lesões contra os direitos humanos e, por isso, deveriam ter confiscada essa relevante atribuição constitucional” (“Sobre a federalização dos crimes contra os direitos humanos”. In: *Revista de Direito Público* n. 8, Abr-Maio-Jun/2005, p. 145-153).

Em verdade, devemos estar alerta, pois a sociedade tem os olhos postos em nós. Todavia não podemos esquecer-nos das palavras do Ministro Paulo Gallotti no julgamento do IDC n. 1. É apropriado citar este trecho do voto de S. Exa.: “Estamos enfrentando, a meu ver, uma exploração sensacionalista deste julgamento, como se a afirmação do Superior Tribunal de Justiça, no reconhecimento da competência de uma ou de outra Justiça, Estadual ou Federal, pudesse ter relação com o mérito da causa principal. Passou-se a impressão para a sociedade que só a Justiça Federal tem condições de apreciar, com absoluta isenção, essa causa, vale dizer, que só a Justiça Federal pode dar uma resposta ao dito reclamo social de punição. Não se trata de punir, mas de julgar. As coisas não se passam assim. São bem diferentes.”

Não é demais invocar aqui as palavras de João Mendes e de Cintra, Grinover e Dinamarco: o Judiciário não é federal nem estadual. É, isto sim, nacional. “É um único e mesmo Poder que se positiva através de vários órgãos estatais”. “O Poder Judiciário, delegação da soberania nacional, implica a ideia de unidade e totalidade da força que são as notas características da ideia de soberania”.

Aliás, justamente por ser tal competência das autoridades locais, apenas modificada em face de circunstâncias excepcionais, é que **Fredie Didier**

Jr.¹⁸ afirma que, acolhido o pedido de deslocamento de competência, os atos até então praticados serão válidos, pois a autoridade era até então competente – o julgamento do STJ seria, então, fato superveniente que altera competência absoluta *ex nunc*.

Eugênio Pacelli¹⁹, todavia, discorda do entendimento do STJ, afirmando que, no que diz respeito à incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, bastaria o desaforamento do julgamento para outro juízo igualmente estadual para solucionar a questão. Para o autor, quando se tratar de graves violações a direitos humanos, e quando se revelar necessária a intervenção de instituições federais para cumprir suas obrigações firmadas com estados e organizações internacionais, a competência será, **originariamente**, da justiça federal. É dizer: será da justiça federal em razão da matéria, do mesmo modo que ocorre em relação aos tratados e convenções internacionais, com a diferença de que, quanto aos demais (tratados), exige-se a internacionalização da conduta, enquanto que para os crimes contra os direitos humanos, assim tipificados em tratados internacionais, não se exigirá a internacionalização da conduta. Com isso, afirma **Pacelli**²⁰ que tanto os órgãos do MP de primeira instância quanto os respectivos juízes, estaduais e federais, poderão afirmar a sua incompetência absoluta, em razão da matéria, quando entenderem presentes (ou ausentes) os requisitos apontados pela EC45/04. Segundo afirma o autor, tal entendimento – **recusado pelo STJ no julgamento do IDC2** – preserva o tratamento igualitário das instituições envolvidas, sem a afirmação de nenhuma supremacia de um em relação ao outro. Assim, afirma **Pacelli**²¹ que, como compete ao PGR officar perante o STJ (art. 48 da LC nº. 75/93), o incidente de deslocamento se prestaria apenas a antecipar a definição judicial acerca da competência para o julgamento da matéria.

Para **Nestor Távora**²², sendo a competência federal de ordem

¹⁸ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento (vol. 1). Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 186 e ss.

¹⁹ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

²⁰ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

²¹ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 258 e ss.

material, e, por consequência, absoluta, os juízes e delegados de polícia estadual deveriam, de ofício, declinar de sua competência e atribuição, respectivamente, remetendo os autos para a esfera federal, sempre que estiverem diante de infração que afete direitos humanos contemplada em tratado internacional que o Brasil seja signatário. Caso não o façam, abrir-se-ia, então, ao PGR, como forma de preservar a competência da justiça federal, o incidente protetivo perante o STJ. Segundo **Távora**²³, se iniciado o processo na esfera estadual e julgado procedente o incidente, todos os atos praticados no juízo absolutamente incompetente devem ser declarados nulos, com o necessário refazimento perante o juízo competente, ou seja, a justiça federal, em razão do inciso I do art. 564 c/c art. 573 do CPP.

No que diz respeito à caracterização do que poderia ser considerado “grave violação a direitos humanos” – um dos pontos cuja constitucionalidade a Associação dos Magistrados Brasileiros questiona na ADI nº. 3.486 –, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que cabe à própria Corte, diante dos casos concretamente analisados, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, dar efetividade à norma constitucional. Segundo considerou a Min. Laurita Vaz, no voto condutor do julgamento do IDC2:

Com efeito, a caracterização da grave violação a direitos humanos, a ponto de autorizar a incidência da regra de exceção, esbarra na subjetividade do avaliador e na variedade de parâmetros possíveis de serem considerados para a constatação do fato. Sem embargo, é da responsabilidade deste Superior Tribunal de Justiça, observada a razoabilidade e a proporcionalidade da medida, examinar o caso concreto e dar efetividade à norma constitucional, superando tais dificuldades.

Os direitos humanos, desde há muito, têm sido tema de debate entre os povos assim considerados civilizados, que buscam o aprimoramento das relações sociais com a valorização do indivíduo.

O respeito aos direitos inerentes à condição de pessoa humana, cujo conteúdo histórico é variado e está em constante expansão, é reconhecidamente o alicerce para construção de uma sociedade justa, fraterna e

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 258 e ss.

solidária, que assegure ao indivíduo proteção contra ações atentatórias a sua dignidade.

Vivencia-se, hoje, um irrecusável processo de mitigação das fronteiras entre países, sociedades, culturas e economias, que se convencionou chamar de “globalização”. Nesse contexto, insere-se a preocupação internacional com algo que, não faz muito tempo, era assunto predominantemente doméstico: efetivação dos direitos e garantias individuais relacionados à dignidade da pessoa humana.

Os países se comprometem, assim, a garantir esses direitos internacionalmente consagrados, como forma de se apresentar perante a comunidade internacional como um lugar onde as pessoas são respeitadas e podem ir e vir, viver, trabalhar e se relacionar dentro de uma sociedade que lhes garantam as expressões da liberdade.

Não se trata, por certo, de mera retórica. A inobservância de compromissos assumidos nesse patamar pode acarretar consequências danosas ao Estado “infrator”, na medida em que, além das sanções diretas – quando aceita a jurisdição supranacional, como é o caso do Brasil –, ainda podem tais violações repercutir em outras esferas de interesses, mormente o econômico: a depender da extensão do dano, cria-se um cenário de desestímulo ao aporte de capitais e investimentos externos no país, por fundado receio dos riscos decorrentes da instabilidade e da insegurança gerada pelo desrespeito aos direitos humanos.

Se, por um lado, é justificada, e legítima, a existência de instrumentos de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, por outro lado, há de se utilizá-los com parcimônia e ponderação, sob pena de se desvirtuar a divisão de atribuições e competências entre os entes da federação, com potencial capacidade de criar com o remédio mais problemas do que a solução buscada.

(...)

A exegese da norma constitucional deve observar, portanto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cujos conteúdos são bastante largos, cabendo ao intérprete sua fiel aplicação observadas

as peculiaridades da hipótese sob análise. Os textos constitucionais contemporâneos, a propósito, tendem a fazer prevalecer os princípios sobre as regras, o que enseja a ponderação de valores, tarefa a ser realizada com a análise do caso concreto.

Por fim, quanto à classificação daquilo que se poderia entender por “crimes contra os direitos humanos”, afirma **Pacelli**²⁴ que a mudança constitucional parece referir-se, de modo expresso, às causas relativas a direitos humanos tal como previstas em tratados internacionais. Não basta, portanto, incriminação nacional, exigindo-se também que a capitulação do direito pátrio encontre ressonância em tratados internacionais subscritos pelo país, seja quanto ao bem jurídico da tutela (integridade física, psíquica, dignidade humana, etc.), seja quanto à natureza da violação (tortura, privação da liberdade, sequestro para tráfico de pessoas, etc.), seja, por último, quanto ao reconhecimento, no plano internacional, da lesão aos direitos humanos.

Diante disso, pode-se concluir que não há unanimidade doutrinária quanto à natureza ou aos efeitos do deslocamento de competência introduzido pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, nem mesmo quanto à sua constitucionalidade, estando pendente ainda de julgamento a ADI ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

Apesar disso, e mesmo em face da pouca análise jurisprudencial do tema, dada a sua rara ocorrência, o Superior Tribunal de Justiça possui julgado emblemático na IDC2/DF (“Caso Manoel Mattos”), estabelecendo, pelo menos até posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, os requisitos a serem observados para a validade do pedido, bem como as consequências jurídicas da federalização com base no §5º do art. 109 da Constituição Federal.

²⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240 e ss.

REFERÊNCIAS:

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **A reforma do judiciário e a Emenda Constitucional nº. 45/2004**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Edição 52 (publicada em 18.11.2005). Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – Emagis. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/vicente_junior.htm. Acesso em: 22.07.2013.

B. CASTRO, Elayne Manuelle. **Deslocamento da competência para processar crimes contra os direitos humanos: mais uma das facetas do direito penal simbólico?**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 23.11.2005. Acesso em: 22.07.2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento (vol. 1). Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

JUNQUEIRA, André Luiz. **Interpretação constitucional relativa aos Direitos Humanos**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 13.07.2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário : direito processual penal ; v. 1, p. 541.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Federalização dos crimes contra os direitos humanos**. RBCCRIM 54/169.

_____. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 11.09.2000. Acesso em: 22.07.2013.

SCHREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Federalização**

da competência para julgamento de crimes contra os Direitos Humanos.

Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 16.08.2002. Acesso em: 22.07.2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O Problema da Constitucionalização simbólica** (Resenha do livro: NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. Martins Fontes, 2007). Disponível na internet: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>. Acesso em: 22.07.2013.

**SOLTURA DE “BALÕES SEM FOGO”:
A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS
QUE AUTORIZAM ESSA PRÁTICA E A TIPCIDADE
CRIMINAL DA CONDUTA.**

Marcelo Honorato

Juiz Federal Substituto (JFPA), Especialista em Direito Processual (UNAMA),
Direito Constitucional (IDP), Direito do Estado (UNIDERP), Bacharel em Di-
reito (UFPA), Bacharel em Ciências Aeronáuticas (AFA).

RESUMO: A prática da soltura de balões sem fogo tem sido autorizada por algumas leis municipais, representando significativa dificuldade para a navegação aérea. Este artigo irá demonstrar que normas municipais que permitam tal conduta incidem em plena inconstitucionalidade formal, à medida que ingressam em competência legislativa privativa da União. Também será analisada a perfeita subsunção da conduta de soltar balões sem fogo ao crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo, na modalidade de dificultar a navegação aérea. Por fim, o artigo apontará as medidas judiciais necessárias para a recuperação da segurança da navegação aérea, em razão da existência de leis municipais que autorizam a prática baloeira sem fogo.

Palavras-Chave: Direito Aeronáutico. Delito de atentado contra a segurança do transporte aéreo. Soltura de balões sem fogo.

ABSTRACT: The practice of releasing balloons without fire has been authorized by some municipal laws, representing significant difficulty for air navigation. This article will demonstrate that local laws permitting such conduct suffer in formal unconstitutionality, because legislate in matters of deprivation of Union. Also will be analyzed the perfect subsumption of conduct of launch balloons without fire to the crime of attack on the safety of air transport, in the form of hinder of navigation. Finally, the article will indicate the judicial action to recover the safety of air navigation,

by reason of the existence of municipal laws allowing the practice of launch balloons without fire.

Keywords: Aviation Law. Crime of attack on the safety of air transport. Release of balloons without fire.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da inconstitucionalidade formal das leis municipais que legissem sobre direito aeronáutico. 3. Da tipificação penal da conduta de soltar balões sem fogo. 4. Da existência de lei municipal autorizando a conduta de soltar balões sem fogo e suas repercussões no direito penal. 5. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A soltura de balões de ar quente, no Brasil, é uma prática com raízes culturais e históricas, isso desde o início da caminhada da humanidade na conquista do espaço aéreo.

No campo histórico, foram vários os brasileiros que se dedicaram, de forma alvissareira, ao desenvolvimento de balões, engenhos que precederam à invenção do avião e apontaram pela possibilidade do voo do homem.

Ainda no século XVIII, foi sob os olhos do Padre Bartolomeu de Gusmão que bolhas de sabão ganharam impulso vertical, ao aproximarem-se da chama de uma vela, quando então o padre brasileiro despertou-se pela possibilidade do voo do “mais leve que o ar”. Bartolomeu de Gusmão, em 08 de agosto de 1709, após duas tentativas frustradas, apresentou à Corte Portuguesa, no pátio da Casa da Índia, um engenho que alcançaria o voo vertical, inaugurando o primeiro voo do “mais leve que o ar”, invento batizado de “passarola”.

A dirigibilidade dos balões teve como um de seus precursores o também brasileiro Júlio César Ribeiro de Sousa, paraense que concebeu o balão de forma assimétrica e com centro de gravidade deslocado à frente, proporcionando, assim, dirigibilidade aos balões. Em 12 de julho de 1884, fabricou seu grande balão, denominado de Santa Maria de Belém, mas que acabou incendiando-se; porém, em 1886, construiu o balão Cruzeiro, na França, artefato que foi objeto de várias demonstrações públicas.

Alberto Santos Dumont, brasileiro mais notável na história da aviação mundial, além da construção dos primeiros balões dirigíveis com motor a gasolina, tendo obtido, inclusive, a conquista do Prêmio *Deustsch*, em

1901, ao voar e contornar o mais famoso monumento europeu, a Torre *Eiffel*, ainda fez a conexão da dirigibilidade dos balões com suas invenções do voo do “mais pesado que o ar”: o avião.

A operação de balões de ar quente dirigíveis manteve-se no mundo contemporâneo como prática desportiva e turística, os chamados balonistas ou piloto de balão livre, operação essa que requer piloto habilitado, nos termos do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica nº 61¹.

Porém, dentre as várias modalidades de balonismo, permaneceu no seio cultural brasileiro a prática de soltura de balões não-dirigíveis, os chamados “baloeiros”, conduta ainda mais adensada quando das festividades juninas.

Ocorre que a soltura de balões não-dirigíveis tornaram-se incompatíveis com o uso seguro do espaço aéreo, tanto pela fragilização que produz no controle das aeronaves em voo, como também pelo risco à flora nacional e indústrias petrolíferas, nos casos em que, além da não-controlabilidade, emprega-se o balão sustentado com fonte de fogo.

Com o advento da Lei 9.605/98, a conduta de soltar balões que possam causar incêndio e não-dirigíveis passou a ser tipificada, nos termos de seu artigo 42, situação que criou um freio social a esta perigosa prática; porém, a capacidade inventiva humana ultrapassou o requisito da necessidade de uma fonte de chama na estrutura dos balões, quando então se desenvolveram os chamados “balões sem fogo”, atenuando, mas não excluindo, a capacidade de causar incêndios.

Os balões sem fogo são sustentados pela energia solar, que aquece a parte superior do balão, geralmente pintada em cores escuras, de forma a manter o ar interno aquecido. Tal classe de balões mantém incólume a sua mais perigosa característica para a segurança da aviação: a não-controlabilidade, que gera insegurança tanto quando está em voo, como ao ocorrer a sua queda.

Este artigo irá abordar a questão da constitucionalidade de normas municipais que autorizam a conduta de soltar balões sem fogo, especialmente quanto ao seu aspecto formal, ou seja: o fiel respeito às regras constitucionais que condicionam o exercício legislativo.

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (Brasil), Regulamento brasileiro de aviação civil (RBAC) 61: Licenças, habilitações e certificados para pilotos. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC%2061.PDF>>. Acesso em: 27 maio 2013.

Além disso, será também analisada a conduta de soltura de balões sem fogo, essencialmente quanto aos reflexos na segurança da aviação e à tipicidade delitiva de tal prática, especialmente sob o escol de dificultar a navegação aérea.

DA INCONTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEIS MUNICIPAIS QUE LEGISLEM SOBRE DIREITO AERONÁUTICO

As constituições de Estados Federados sempre trazem em seu âmago regras que distribuem poderes e competências entre os entes que os compõe: União, Estado e Municípios (esses últimos nem sempre previstos com autonomia em ordenamentos jurídicos estrangeiros), trato político então denominado de Pacto Federativo.

A Constituição Federal de 1988 tem diversas dessas regras, como a previsão de intervenção federal e estadual e a distribuição de competências administrativas e legislativas. Essa última, a distribuição de competências legislativas, além de formar um pacto de convivência política, ainda procura harmonizar socialmente a Nação.

É que a competência legislativa é distribuída também considerando-se a necessidade de harmonia na vida social dos cidadãos de todo o país, quando o pressuposto fático-legislativo assim o exigir. Como exemplo, podemos citar as regras trabalhistas, que requerem uniformidade nacional, pois não há razão alguma para que um trabalhador residente no Estado de São Paulo tenha direitos sociais diferentes do trabalhador gaúcho.

Nesse sentido que a Carta Constitucional concedeu a competência de legislar sobre direito trabalhista privativamente à União Federal, já que tal matéria requer harmonia nacional (art. 22, inciso I da CF/88). Outras matérias, igualmente carecedoras de uniformidade nacional, foram objeto de exclusividade legislativa à União:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Excepcionalmente, poderá a União Federal, através de lei complementar, permitir que os Estados legislem sobre “questões específicas”, então

submetidas à competência exclusiva federal, como prevê o parágrafo único do art. 22 da Carta da República:

Parágrafo Único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Ou seja, a competência suplementar, quanto às matérias previstas no art. 22 da CF/88 (competência privativa da União), somente é exercitável i. se houver lei complementar federal concedendo tal competência; ii. pelos Estados e; iii. para questões específicas, portanto, não poder haver tal suplementação de forma geral.

Interessante registrar que ao Município cabe legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I da CF/88); suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, inciso II); e promover o ordenamento do uso do solo (art. 30, inciso VIII, CF/88), no entanto, tais competências não podem ser exercidas em matérias legislativas privativas da União, já que o interesse local deve dar guarida à uniformidade nacional concretizada pela União Federal, no exercício de sua competência legislativa exclusiva, salvo o Estado, que, havendo lei complementar, poderá suplementar tais matérias em pontos específicos.

A competência legislativa municipal de suplementar as normas federais e estaduais, considerando o interesse local, somente é exercitável quando se tratar de matérias de competência concorrente (art. 23 da CF/88), sob pena de se estar contrariando diretamente o parágrafo único do art. 22, que permitiu a competência suplementar de matérias privativas da União somente aos Estados.

Portanto, a expressão “no que couber”, constante do art. 30, inciso II da CF/88 tem justamente a força de limitar tal competência suplementar do município aos assuntos em que exista previsão de competência concorrente, pois, nestes casos, o interesse local foi considerado pela Carta Constitucional como possível de ser harmonizado pela legislação supletiva dos municípios.

Nesse sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional lei municipal que tratava de matéria de competência exclusiva da União, afastando eventual competência genérica suplementar dos municípios:

EMENTA: Recurso extraordinário. - A competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, conforme jurisprudência reiterada desta Corte (ADI 1.032, ADIMC 1.704, ADI 532, ADI 2.101 e ADI 2.064), assim como é a competência para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança (ADIMC 874). - **Ora, em se tratando de competência privativa da União, e competência essa que não pode ser exercida pelos Estados se não houver lei complementar - que não existe - que o autorize a legislar sobre questões específicas dessa matéria (artigo 22 da Constituição), não há como pretender-se que a competência suplementar dos Municípios prevista no inciso II do artigo 30, com base na expressão vaga aí constante “no que couber”, se possa exercitar para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União.** - Ademais, legislação municipal, como ocorre, no caso, que obriga o uso de cinto de segurança e proíbe transporte de menores de 10 anos no banco dianteiro dos veículos com o estabelecimento de multa em favor do município, não só não diz respeito, obviamente, a assunto de interesse local para pretender-se que se enquadre na competência legislativa municipal prevista no inciso I do artigo 30 da Carta Magna, nem se pode apoiar, como decidido na ADIMEC 874, na competência comum contemplada no inciso XII do artigo 23 da Constituição, não estando ainda prevista na competência concorrente dos Estados (artigo 24 da Carta Magna), para se sustentar que, nesse caso, caberia a competência suplementar dos Municípios. Recurso extraordinário não conhecido, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei 11.659, de 4 de novembro de 1994, do Município de São Paulo

(RE 227384, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09-08-2002 PP-00068)

Pois bem, o direito aeronáutico é uma das matérias em que a Constituição Federal de 1988 concedeu competência legislativa exclusiva à União Federal, compondo então o Pacto Federativo. Como inexistente lei complementar

abrindo a competência suplementar aos Estados e a competência municipal suplementar somente é exercitável diante de matérias de competência concorrente, os demais entes políticos não podem legislar sobre tal matéria, pois que interesses regionais e locais devem se curvar à legislação nacional sobre o tema, respeitando, então, o Pacto Federativo.

Sob essa ótica é que devem ser analisadas as normas municipais que vem autorizando a soltura de balões sem fogo, como a Lei nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, portanto, o poder legislativo municipal legislando sobre direito aeronáutico, competência privativa da União.

É que da simples leitura da Lei Municipal nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, observa-se que a norma ingressou em matéria típica de direito aeronáutico, pois permitiu a soltura de determinado tipo de balão no espaço aéreo², definiu as dimensões dos balões a figurarem no espaço aéreo³ e, por fim, estabeleceu os horários em que tais objetos poderão voar, ou seja, ingressarem e permanecerem no espaço aéreo⁴.

Logicamente que não se está diante de norma que regula o uso do solo, essa sim, competência do poder legislativo municipal. Pelas características acima discriminadas, constata-se que os efeitos da lei municipal são produzidos inteiramente no espaço aéreo, criando direitos e deveres em relação ao uso de tal dimensão espacial, portanto, matéria típica de direito aeronáutico.

Além disso, a autorização de soltura de balões e a estipulação de horários para o voo de tais artefatos baloeiros interferem igualmente na operação dos demais vetores aéreos, conseqüentemente, representa inovação às regras de navegação aérea, cuja competência legislativa é também privativa da União Federal (art. 22, inciso X da CF/88).

² **Art. 1º** Fica permitida a soltura de balões artesanais e ambientais sem fogo, no Município do Rio de Janeiro.

³ **Art. 4º** Os modelos citados abaixo devem obedecer as seguintes medidas:
I - Truff, Modelado, Lapidado, Mixirica e Hally:
Tamanho mínimo cinco metros;
Tamanho máximo dez metros;
II - Pião Carrapeta e Careca:
Tamanho mínimo oito metros;
Tamanho máximo doze metros.

⁴ **Art. 5º** Ficam estabelecidos os horários de cinco às dez horas e de vinte às duas horas para soltura dos balões.

No que tange a eventual interesse local em matéria de direito aeronáutico, possível fundamento para sustentar a emissão de norma municipal sobre a soltura de balões, alguns elementos devem ser destacados: i. a norma editada produz seus efeitos inteiramente no espaço aéreo, logo, está-se diante de matéria restrita à competência exclusiva da União: direito aeronáutico e navegação aérea; ii. tanto direito aeronáutico como a navegação aérea não foram objeto de concessão de suplementação legislativa, pois inexistente lei complementar federal sobre a matéria; iii. a competência suplementar dos municípios é aplicável somente em matérias de competência concorrente, não sendo o caso do direito aeronáutico e da navegação aérea, competências privativas da União; e, iv. ainda que houvesse a abertura de competência suplementar, essa capacidade legislativa é restrita aos Estados, não havendo previsão para atuação dos municípios.

Quando um Ente Federado legisla sobre matéria em que não possui competência, está-se diante de uma inconstitucionalidade formal orgânica, como bem pontua o constitucionalista Pedro Lenza⁵:

A inconstitucionalidade formal orgânica decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato.

Nesse sentido, para se ter um exemplo, o STF entende como inconstitucional lei municipal que discipline sobre o uso de cinto de segurança, já que se trata de competência legislativa da União, nos termos do art. 22, XI, legislar sobre trânsito e transporte.

Sendo assim, o Município ou o Estado, esse último se inexistente lei complementar concedendo competência suplementar, ao legislar sobre matérias privativas da União, incide em imediata usurpação de competência, casos em que a Suprema Corte Brasileira tem declarado a inconstitucionalidade formal de tal norma, como leis municipais que legissem sobre direito penal, de trânsito, do trabalho, matérias essas que necessitam de uniformidade nacional, tal qual o direito aeronáutico. Abaixo, vários precedentes bem ilustram a entendimento do Pretório Excelso:

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 130.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

(...)

2. A **definição das condutas típicas** configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos **são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial** (art. 85 da Constituição da República).

Precedentes. Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão “ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial” do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente. (ADI 2220, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) DISPENSA DO EXAME TEÓRICO PARA OBTENÇÃO DA CARTEIRA DE MOTORISTA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO ART. 22, XI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

(...) 3. Inconstitucionalidade de artigo que dispensa do exame teórico para obtenção de **carteira nacional de habilitação** os alunos do segundo grau que tenham obtido aprovação na disciplina, sob pena de ofensa à **competência privativa da União prevista no art. 22, XI, da Constituição do Brasil**.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1991, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-01 PP-

00173 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 44-51 RTJ VOL 00192-02 PP-00550)

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE.

Ação direta. Lei nº 2.769/2001, do Distrito Federal. Competência Legislativa. **Direito do trabalho**. Profissão de motoboy. Regulamentação. Inadmissibilidade. Regras sobre direito do trabalho, condições do exercício de profissão e trânsito. **Competências exclusivas da União. Ofensa aos arts. 22, incs. I e XVI, e 23, inc. XII, da CF. Ação julgada procedente.** Precedentes. É inconstitucional a lei distrital ou estadual que disponha sobre condições do exercício ou criação de profissão, sobretudo quando esta diga à segurança de trânsito.

(ADI 3610, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, DJe-182 DIVULG 21-09-2011 PUBLIC 22-09-2011 EMENT VOL-02592-01 PP-00077 RTJ VOL-00219- PP-00180)

De tudo até então exposto, relevante registrar que a inconstitucionalidade formal incidente a leis municipais que tratem de direito aeronáutico não decorre de qualquer fundamento quanto ao conteúdo de tais normas, ou seja, se são normas boas ou ruins. Longe disso, a inconstitucionalidade formal decorre do simples vício de ausência de competência do órgão emissor em legislar sobre determinada matéria.

Alguns municípios, no passado, legislaram sobre regras de trânsito, no intuito de prover maior segurança ao transporte urbano rodoviário, logo, contribuindo positivamente para a defesa da vida e dos sistemas de saúde, como o caso julgado no Recurso Extraordinário (RE 221384) acima destacado, em que o Município de São Paulo obrigava o uso de cinto de segurança e proibia o transporte de crianças até 10 anos no banco dianteiro dos veículos, medidas salutares. Porém, em virtude de tal matéria ser de competência legislativa exclusiva da União, concluiu o STF por sua inconstitucionalidade formal, pois o vício de competência aniquila por completo a norma, sem que seja possível sequer analisar o mérito da norma legal criada.

No mesmo sentido, o julgado abaixo transcrito, em que o Estado do Rio Grande do Sul legislou sobre trânsito, sem lei complementar que permita

tal suplementação, ainda que objetivando medida positiva ao meio social - a notificação pessoal dos motoristas quando flagrados pela não-utilização do cinto de segurança:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Lei estadual que determina o uso obrigatório de cinto de segurança nas vias públicas do Estado. Inconstitucionalidade. - O Plenário desta Corte, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 2101, declarou a inconstitucionalidade de Lei estadual que tornava obrigatória a notificação pessoal dos motoristas pela não-utilização de cinto de segurança, **por cuidar ela de matéria específica de trânsito, invadindo competência exclusiva da União, salientando, ainda, que, enquanto não editada a lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 22 da Carta Federal, não pode o Estado legislar sobre trânsito.** - Em sentido análogo, o julgamento da ADIMEC 874. Recurso extraordinário não conhecido, e declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.521/95 do Estado do Rio Grande do Sul. (RE 215325, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09-08-2002 PP-00067 EMENT VOL-02077-01 PP-00155)

Portanto, a inconstitucionalidade formal em que incide a Lei Municipal nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, não decorre da análise sobre eventual perigo que a soltura de balões possa gerar a aviação. Neste momento, não se está analisando o acerto ou equívoco quanto à prática da soltura dos balões sem fogo, mas apenas que o ente municipal não possui competência para legislar sobre direito aeronáutico e interferir na navegação aérea, matérias privativas da União Federal, pois insertas no inciso I do art. 22 da Constituição do Brasil de 1988, assunto, aliás, que requer uniformidade nacional, sem a possibilidade de exercício suplementar legislativo pelos municípios, que apenas suplementa matérias de competência concorrente.

Com base nos fundamentos acima, conclui-se que a Lei Municipal nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, incidiu em vertente inconstitucionalidade formal, pelo vício de competência do órgão legislativo, editor da norma, já que os municípios não possuem

competência para legislar sobre direito aeronáutico e navegação aérea, matérias privativas da União.

DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DE SOLTAR BALÕES SEM FOGO

A conduta de soltar balões não-dirigíveis, no campo da legislação penal especial, é tipificada pela Lei de Crimes Ambientais (art. 42 da Lei 9605/98), na parte em que estão elencados os delitos contra a flora:

Art. 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano:

Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Com o advento dos balões não-dirigíveis sem fogo, o elemento normativo do tipo “que possam provocar incêndios (...)” acabou por ser parcialmente subtraído, diminuindo a sua capacidade delitiva, mas não a excluindo.

Tal inteligência decorre do fato que a norma penal não pune a conduta de soltar balões de fogo, mas sim aqueles que “possam provocar incêndios”, capacidade essa que se mantém incólume nos balões sem fogo, em razão de que a queda do balão sobre a infraestrutura do sistema elétrico nacional (redes de transmissão, centrais de distribuição e etc) poderá gerar um incêndio, ainda mais facilitado pelo material inflamável que constitui tais balões, geralmente papel de seda.

Característica marcante dos balões é justamente a sua não-controlabilidade, com isso, o local de queda sempre será uma incógnita, mantendo ativa a sua capacidade de causar incêndios.

Além disso, a característica de não-dirigibilidade dos balões sem fogo conserva íntegro o risco de acidente aeronáutico, em razão do lançamento de obstáculo no espaço aéreo, sem capacidade de controle humano, ou seja, a não-dirigibilidade aérea.

Explico. A soltura de um balão de ar quente não-dirigível representa a inserção de objeto perigoso no espaço aéreo, tendo em vista a ausência de controle da rota em que o mesmo irá trafegar, tanto que se emprega o verbo “soltar”, à medida que inexistente controle sob o artefato baloeiro após

a sua liberação. Com isso, o Sistema de Controle do Espaço Aéreo tem que redobrar a atenção, assim como os aeronavegantes, no intuito de evitar uma colisão da aeronave com o balão.

O perigo decorre da probabilidade da ocorrência de impacto de um balão de ar quente com uma aeronave. Ainda que tal artefato tenha baixa densidade, a colisão pode representar situação catastrófica, em razão da velocidade que geralmente se deslocam as aeronaves no nível de voo que os balões voam. O cenário torna-se ainda mais crítico se o balão atingir algum dos motores da aeronave, pois que as paletas compressoras de ar possuem alta velocidade circular, imprimindo maior energia à colisão.

Considerando⁶ a média altitude que os balões de ar quente se deslocam (cerca de 17 mil pés) e a velocidade em que as aeronaves operam em tal nível de voo (150 a 250 Kt, ou seja, 270 a 450 Km/h) e ainda, considerando o diâmetro do corpo (quanto maior a dimensão, menor a densidade corpórea), tem-se que a colisão pode gerar uma força de 2,26 toneladas (balão de 10 Kg) até 100 toneladas (balão de 50 Kg)⁷.

O impacto, pontualmente considerado, não é a única preocupação, mas sim o local que sofrerá a colisão, pois a ingestão do balão e seus acessórios por alguma das turbinas pode ensejar desde um simples apagamento de motor até um incêndio no conjunto propulsor, cujas conseqüências qualquer pessoa é capaz de deduzir.

A quantidade de balões também influi no grau de risco, pois aeroportos como de Guarulhos, em São Paulo⁸, já teve notificação da existência de vários balões no espaço aéreo, simultaneamente, quadro a dificultar gravemente a navegação aérea⁹.

Além disso, como os balões têm sua futura rota de deslocamento subordinada às condições meteorológicas, portanto incontrolláveis pelo

⁶ DE DEUS, D. A. A. Balões de ar quente não tripulados. In: CURSO DE SEGURANÇA DE VOO, 60., 1996, Brasília. **Aulas eletrônicas**...Brasília: 1996. 1 CD-ROM. p. 16-18.

⁷ Fórmula matemática desenvolvida pelo Centro Tecnológico da Aeronáutica – CTA: $F = 3,137 \cdot r \cdot V^2 \cdot (D/2)^2$, sendo $D = [(2 \cdot M) / (p \cdot r)]^{1/3}$ e $r =$ densidade do corpo (kg/m³), $M =$ massa do corpo (kg); $D =$ diâmetro do corpo (m); $F =$ força de impacto resultante (N); $V =$ velocidade do avião.

⁸ Ibid., p. 19.

⁹ VARIG 155 (PP-CJN), Curitiba-Guarulhos, que reportou, em 14. jan.1999, a existência de 15 balões, entre 17.000 a 4.000 pés, durante a descida e aproximação para pouso em São Paulo.

homem, há plena possibilidade de a sua soltura ocorrer em local com boa visibilidade, mas, após deslocar-se a esmo, vir a voar em ambientes de visibilidade restrita, local em que as aeronaves estão operando sob condições instrumentais, ou seja, sem contato visual com obstáculos¹⁰, agravando ainda mais o perigo à navegação aérea¹¹.

Observando-se os dados estatísticos disponíveis na página virtual do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos¹² (CENIPA), constata-se que, em no ano de 2012, ocorreram 143 avistamentos de balões pelos aeronavegantes e, neste ano corrente de 2013, já existem 53 reportes; ou seja, a cada três dias uma aeronave é exposta ao perigo baloeiro e, grande parte das vezes, tem que realizar alguma manobra evasiva, como aumentar a rampa de aproximação ou comandar desvios laterais mais agressivos.

No intuito de desviar dos obstáculos baloeiros, alguns pilotos¹³ chegam a reportar o desacoplamento do piloto automático¹⁴ ou o acionamento do alarme de colisão da aeronave com o solo¹⁵, em razão da severidade da manobra evasiva.

Todos estes aspectos demonstram que o perigo baloeiro representa sério problema para aviação, gerando, no mínimo, dificuldade para a navegação aérea, tanto que torres de controle e notificações escritas de aeroportos emitem advertências aos aeronavegantes quanto à ocorrência de balões nas áreas de aproximação de aeroportos de São Paulo e Rio de Janeiro.

Desse modo, observa-se que a conduta de soltar balões também se

¹⁰ Ibid. p.11.

¹¹ Mensagem Telegrafada ao CENIPA, em 02.jan.1999, reportou o cruzamento de um mesmo balão por duas aeronaves, nas proximidades do Aeroporto Internacional do Galeão: o Brasil Central (PT-MRU) às 18h00 e o VARIG (PP-VPU) às 19h28, demonstrando a longa autonomia de voo dos balões e, com isso, a capacidade de deslocarem-se a maiores distancias.

¹² BRASIL. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **Estatística do Risco Baloeiro. Brasília**, 2013. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/baloeiro/pesquisa>>. Acesso em: 27 maio 2013.

¹³ Ibid., p-22-23.

¹⁴ Relatório de Perigo do CENIPA apresentado pelo voo da VARIG (PP-VPZ), em 01.jun.2003, onde o Comandante da Aeronave reportou o avistamento de 12 (doze) balões na Terminal do Rio de Janeiro, ocorrendo a necessidade de desacoplar o piloto automático para efetivar os desvios dos balões.

¹⁵ Relatório de Perigo do CENIPA apresentado pelo voo da TAM (PT-MRO), em 01.jun.2003, onde o Comandante da Aeronave reportou o acionamento do GPWS na função “sink rate”, em razão de desvio de balão na final do ILS da pista 09R, em Guarulhos.

relaciona à segurança do transporte aéreo e, nesse sentido, o art. 261 do Código Penal Brasileiro traz o seguinte tipo penal:

Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Trata-se de um crime que viola a incolumidade pública, cuja conduta torna-se típica em dois tipos penais: a mera violação da segurança, colocando em perigo determinada aeronave (primeira parte), e atos que tenham, no mínimo, capacidade de impedir ou dificultar navegação (segunda parte).

Em relação ao núcleo do tipo penal que descreve a conduta de expor a perigo aeronave, exige-se, para sua configuração, a existência de atos que coloquem determinado aparelho aéreo em situação real de perigo, logicamente, trata-se de perigo concreto.

A conduta de soltura de balões sem fogo e não-dirigíveis somente preencherá os elementos normativos da primeira parte do tipo penal do art. 261 do CP se tal ato gerar uma situação de risco para determinada aeronave, como, por exemplo, a realização de manobras evasivas, desvio da rampa ideal de aproximação para pouso e desligamento de piloto automático, casos esses até já retratados nas referências deste artigo.

Ou seja, não basta soltar os balões sem fogo, o tipo penal da primeira parte do art. 261 exige a inserção de determinada aeronave em situação de perigo concreto.

Já o segundo núcleo do delito (impedir ou dificultar a navegação aérea) requer apenas a realização de condutas que criem empecilhos à navegação, situação que, por si só, já se deduz o perigo à coletividade, por isso, classifica-se como um crime de perigo abstrato em relação às aeronaves, mas concreto em relação ao sistema de navegação aérea.

Entende o legislador que a simples dificuldade de navegar já detém perigo suficiente para abalar a segurança da aviação, visto tratar-se de transporte altamente sensível a pequenas alterações, como variações meteorológicas, presença de pássaros, complexidade tecnológica, comunicação eficiente e habilidade motora dos pilotos, portanto, dispensada a comprovação de que determinada aeronave tenha sido atingida diretamente por algum balão,

pois a dificuldade de navegar já cria perigo suficiente a ser penalizado pela norma criminal.

A configuração de crimes de perigo abstrato em face da segurança da aviação não é novidade. O delito de exploração de rádios clandestinas é um exemplo de tipo penal de perigo abstrato, com repercussão direta na segurança da aviação.

É que a conduta de operação clandestinas de rádios representa uma conduta que vilipendia a segurança do espectro eletromagnético e gera sério risco à segurança da aviação, modal de transporte que depende da confiabilidade dos sistemas de comunicação e de navegação, esse último que também emprega o espectro eletromagnético para a sua orientação.

Nestes casos, a simples ausência de autorização estatal para explorar o campo eletromagnético deduz em risco à segurança das telecomunicações, que tem a aviação como usuária mais exigente. A mera operação clandestina torna despidianda a demonstração de que se produziu situação concreta de perigo em face de determinada aeronave, sendo suficiente o conduta de utilizar o espectro eletromagnético sem autorização estatal. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ARTIGO 183 DA LEI N. 9.472/1997. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DANO A TERCEIROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. O delito tipificado no art. 183 da Lei n. 9.472/97 é formal, **de perigo abstrato e dispensa a demonstração de dano efetivo ao bem jurídico tutelado pela norma**, qual seja, a segurança dos meios de telecomunicação, para sua consumação. O crime, pela sua natureza, ocorre com a instalação e utilização do equipamento, sendo desnecessária a realização de perícia in loco para aferir a potência do transmissor. 2. Recurso do Ministério Público Federal provido.

(ACR 595820114013000, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:28/05/2012 PAGINA:254.)

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL DO ACUSADO - ART. 183, DA LEI Nº 9.472/97 - DESENVOLVER CLANDESTINAMENTE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO - CRIME DE PERIGO DE LESÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO-APLICAÇÃO - RÁDIO COMUNITÁRIA - NECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO - RECURSO DO ACUSADO DESPROVIDO.

(...)

IV - O crime é formal, pois independe de um resultado danoso, bastando a simples conduta do agente, ainda que a norma preveja o resultado. **Também é classificado como crime de perigo abstrato, pois se consuma tão somente com a possibilidade do dano.** É certo que o exercício clandestino da atividade em questão, por si só, expõe a risco a eficiência dos serviços de telecomunicação e por consequência, a segurança da sociedade em geral.

V - Impossível reconhecimento do postulado da insignificância, tendo em vista que o desenvolvimento de rádio comunitária, sem o devido conhecimento pelo Ente Federal, é considerado pelo legislador como forma clandestina de agir, de tal gravidade a ponto de reclamar a proteção da esfera penal. E com toda razão, já que se trata **de perigo real de interferência em frequências de rádio e na comunicação entre aeronaves e as torres de comando**, o que não pode se incluir no conceito de crime de bagatela.

(...)

(ACR 200951680019031, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/11/2012.)

O elemento subjetivo é o dolo, sendo possível ainda a tipificação pelo elemento culpa (art. 261, §3º do CP). Interessante que o dolo não está ligado, exclusivamente, ao “querer” produzir a situação de perigo à aviação,

mas sim ao ter conhecimento de que a sua conduta gera um quadro de perigo às aeronaves, pois que o elemento volitivo pode ser preenchido pelo “dolo eventual”. Nesse sentido versa a doutrina penalista¹⁶:

Assim, a conduta do agente deve ser praticada, tendo ele o conhecimento de que, com seu comportamento, cria uma situação de perigo à incolumidade pública.

No que tange ao tipo penal de criar dificuldade à navegação aérea, o dolo está em ter conhecimento de que a soltura de balões sem fogo e não-dirigíveis é capaz de causar embarço à navegação aérea, cenário suficiente a gerar o perigo à incolumidade pública, onde a mera conduta de dificultar a navegação já detém o lastro necessário a gerar perigo, considerando a extrema confiabilidade que a aviação requer para exercer seu mister.

Portanto, ao soltar determinado balão, mesmo sem fonte de chama, o agente tem ciência de que está inserindo objeto no espaço aéreo capaz de produzir embarços à navegação aérea, os quais requerem alta atenção dos aeronavegantes, por conseguinte, gerando dificuldade à navegação aérea, elemento objetivo do tipo.

Ainda que o agente não deseje produzir a situação de perigo, tem conhecimento da dificuldade que impõe à navegação aérea e admite o resultado de perigo, em face de seu prazer pessoal em “soltar o balão”, nada mais que o chamado crime de egoísmo, em que o objetivo pessoal do agente supera os resultados possíveis de serem gerados.

É importante deixar claro que o agente, ao soltar balões sem fogo e não-dirigíveis, tem ciência de estar dificultando a navegação aérea. Ainda que não deseje tal resultado, consente que possa ocorrer tal embarço, incidindo na figura do dolo eventual, como bem salienta a Exposição de Motivos do Código Penal, citado pelo criminalista Cezar Roberto Bitencourt, em seu Tratado de Direito Penal¹⁷:

O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009, v.I, p.83.

¹⁷ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos ao código penal. apud BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p. 321.

a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo; ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.

No que tange ao tipo penal culposo, para a sua completa tipicidade, requer-se a ocorrência de resultado material, como é próprio deste tipo penal, consubstanciado na deflagração de sinistro (art. 261, §3º). A soltura de balões de forma acidental é rara, mas pode ser exemplificada no ato do técnico meteorologista que, ao aguardar o momento oportuno para soltar o balão meteorológico, descuida-se, e o solta em momento incorreto, gerando um acidente aeronáutico.

Porém, a culpa não é, definitivamente, o elemento subjetivo da conduta de soltar balões sem fogo, pois não se trata de soltura inadvertida ou não-intencional, mas realizada conscientemente, cujo resultado de fragilização da navegação aérea é conhecido e aceito pelo agente.

Diante de todos os elementos expostos, deduz-se que o agente que solta, conscientemente, “balão sem fogo” incide no delito de dificultar a navegação aérea, pois tem ciência que seu artefato causa empecilho à navegação aérea, apesar de não visar tal resultado, com ele consente, pois privilegia seu interesse pessoal na prática baloeira, incidindo no tipo penal do art. 261, segunda parte, do Código Penal Brasileiro, sem prejuízo de ainda tipificar-se a conduta com base no art. 42 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), haja vista a manutenção da capacidade de os balões sem fogo em causar incêndios, quando a queda do artefato ocorra sobre a rede de energia elétrica.

DA EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL AUTORIZANDO A CONDUTA DE SOLTAR BALÕES SEM FOGO E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO PENAL.

O sistema jurídico brasileiro alberga, em seu alicerce axiológico, o princípio jurídico da presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público¹⁸, princípio esse que mantém o convívio social sustentado pelas regras de direitos e deveres emanados dos poderes constituídos.

Sem tal presunção, os cidadãos poderiam negar-se a cumprir as normas e, com isso, o caos social voltaria a imperar na humanidade, pela

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 1 ed. Salvador: Jus pudvim, 2008, p. 398

ausência de segurança jurídica, elemento basilar dos estados politicamente organizados.

Depois de vigente a lei, somente uma atuação direta do Supremo Tribunal Federal é que a presunção de constitucionalidade pode ser afastada, em consequência de decisão que declare a inconstitucionalidade da norma, sem sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda que juízes e tribunais, incidentalmente, possam também exercer o controle abstrato de constitucionalidade, os efeitos de tais decisões são restritos ao caso em apreço, portanto, não afastam a presunção geral de constitucionalidade da norma.

Em decorrência do referido princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a Lei Municipal nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, que autoriza a soltura de balões sem fogo, dá suporte de licitude ao exercício de tal prática, extraindo o elemento antijurídico da tipicidade da conduta.

Ou seja, ainda que a soltura de balões sem fogo preencha os elementos materiais do crime contra a incolumidade pública, previsto na segunda parte do art. 261, dificultando a navegação aérea, a tipicidade não se completa, pois há norma legal que autoriza tal prática, estando então o cidadão no exercício regular de direito (art. 23, inciso III, segunda parte, do Código Penal).

Não somente a dogmática tradicional da lei substantiva penal brasileira provê lastro legal apto a afastar a tipicidade, mas também a teoria constitucionalista do delito¹⁹, em que a imputação objetiva da conduta requer a presença de um risco proibido e, como visto, inexistente, já que há lei civil que autoriza a conduta.

Também a teoria da tipicidade conglobante²⁰, do jurista Zaffaroni, afasta a tipicidade material, à medida que essa dogmática retira o caráter delitivo de determinada conduta, se há qualquer outra norma a permitindo, devendo os atos serem analisados globalmente, ou seja, sob todas as óticas normativas.

Por outro lado, constatou-se, no tópico inicial deste artigo, que a citada Lei Municipal nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, falece de constitucionalidade, em razão do vício ausência de

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio, **Direito penal – parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 77.

²⁰ Ibid., p. 89.

competência do poder legislativo municipal, que não possui competência legislativa para regular direito aeronáutico, nem em sede de competência suplementar, visto que tal assunto é objeto de competência privativa da União e não concorrente, cabendo apenas aos Estados eventualmente a suplementar, isso se houver lei complementar federal permitindo tal exercício legislativo.

Assim, o quadro se desenha da seguinte forma: a conduta de soltar balões sem fogo dificulta a navegação aérea, incidindo no tipo penal do art. 261 (segunda parte), e também pode causar incêndio, amoldurando-se também ao tipo penal constante do art. 42 da Lei de Crimes Ambientais; porém, há lei municipal que autoriza tal prática, e, ainda que seja uma norma formalmente inconstitucional, mantém-se a presunção de sua constitucionalidade, até que a Suprema Corte Brasileira declare a inconstitucionalidade da norma.

Portanto, atualmente, os sujeitos que colocam em risco a navegabilidade aérea no território da cidade do Rio de Janeiro, sob a conduta de soltar balões sem fogo, não respondem por crime algum, ainda que estejam dificultando conscientemente a navegação das aeronaves que operem na cidade carioca, que, aliás, abriga três grandes aeroportos públicos (Aeroporto do Galeão, Aeroporto Santos Dumont e Aeroporto de Jacarepaguá) e um aeroporto militar (Aeroporto Militar do Campo dos Afonsos). Também afasta-se eventual responsabilidade penal por delito ambiental, quando a soltura do balão conformar-se aos ditames da normas municipais citadas, ainda que, flagrantemente, eivadas de inconstitucionalidade formal.

Digno de nota é o fato de que, no ano de 2014, o Brasil sediará evento desportivo mundial, a Copa do Mundo de Futebol²¹, aspecto que gerará um considerável incremento no tráfego aéreo. Sendo o município do Rio de Janeiro, editor de norma autorizadora da soltura de balões sem fogo, uma das cidades-sede dos jogos mundiais, percebe-se que o cenário requer dedicada atenção, especialmente pelo período em que as competições ocorrerão: os meses de junho e julho, justamente o bimestre em que ocorrem as festividades juninas e julinas, eventos que tem a soltura de balões como prática rotineira.

²¹ FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION. Informações para a Copa do Mundo de 2014. Disponível em: <<http://pt.fifa.com/worldcup/matches/matchschedule.html>>. Acesso em: 31 maio 2013.

Considerando a necessária segurança que a aviação requer, é salutar que a Autoridade Aeronáutica represente à Advocacia Geral da União, para que a Presidência da República, órgão legitimado para manejar ações diretas de controle de constitucionalidade, ingresse com uma ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei Municipal nº 5.511/2012, no Supremo Tribunal Federal.

Relevante registrar que não existe monopólio na propositura de ações de controle direto de constitucionalidade, visto que a Carta Política de 1988 também atribui tal legitimação a órgãos, como Sindicatos e Associações de classe de âmbito nacional (art. 103, inciso IX, da CF/88) e também o Ministério Público Federal e Militar, esses através do Procurador-Geral da República (art. 103, inciso VI, da CF/88).

Importantíssimo que a ação de controle de constitucionalidade orquestrada também abranja pedido de medida cautelar urgente (art. 10, §3º da Lei nº 9.868/99), tendo em vista o elevado risco de acidente que a norma inconstitucional imprime à aviação.

Somente após tal manobra processual, quando então a Suprema Corte Constitucional venha a declarar a inconstitucionalidade da lei municipal, mesmo que sob o escopo cautelar, é que os agentes da conduta de soltar balões sem fogo, no território da cidade do Rio de Janeiro, poderão ser penalmente responsabilizados.

CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos jurídicos e aeronáuticos acima expostos, conclui-se que as normas municipais, autorizadoras da prática da soltura de balões sem fogo, incidem em inconstitucionalidade formal manifesta, em razão da usurpação da competência privativa federal em legislar sobre direito aeronáutico (art. 22, inciso I da CF/88).

Ainda que houvesse lei complementar federal, autorizando o exercício de competência suplementar em matéria aeronáutica, tal complementação é restrita aos Estados, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Carta Constitucional Brasileira, logo, sem previsão de exercício complementar aos municípios, que apenas suplementam matérias em que a competência seja concorrente (art. 23 c/c art. 30, inciso II da CF/88).

Desse modo, a Lei Municipal nº 5.511, de 17 de agosto de 2012, do Município do Rio de Janeiro, ao editar lei em que todos seus efeitos são produzidos no espaço aéreo, incluindo inovações à navegação aérea, acabou por ingressar em matéria eminentemente de direito aeronáutico, incidindo em inconstitucionalidade formal, por vício de competência legislativa.

Por outro lado, demonstrou-se, ainda, que a conduta de soltar balões sem fogo produz dificuldade à navegação aérea, considerando o perigo de colisão de tal artefato baloeiro com as aeronaves, exigindo maior atenção e até manobras evasivas dos aeronavegantes. Desse modo, tal ato tem perfeita subsunção ao tipo penal previsto no art. 261, segunda parte, do Código penal Brasileiro: “praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea”.

Tal delito não requer a comprovação de colisão ou quase colisão do balão com qualquer aeronave, pois se completa com a simples inserção do balão no espaço aéreo, já que, por si só, produz empecilho à navegação aérea.

Há que registrar, ainda que a conduta de soltar balão sem fogo mantém-se tipificada no art. 42 da Lei de Crimes Ambientais, à medida que a queda de tais balões sobre a infraestrutura do sistema elétrico nacional pode causar incêndios, consequência que não se pode afastar, haja vista a pela indeterminação de seu local de queda e também pela constituição do artefato em materiais inflamáveis.

No entanto, diante da presunção de constitucionalidade que as normas legais detêm, esteio do estado democrático de direito, a conduta delitiva tem sua antijuridicidade expulsa, impedindo que ocorra a tipicidade material, pois o agente acaba por atuar mediante o exercício regular de direito, uma conduta permitida e sustentada por norma não penal.

Portanto, necessário que a presunção de constitucionalidade seja afastada, pelo emprego de ações de controle de constitucionalidade, articulada por qualquer dos legitimados a manejarem tal ação constitucional, como a Presidência da República, o Procurador-Geral da República e sindicatos e associações nacionais, dentre outros elencados no art. 103 da Carta Política de 1988.

Nestes tempos de pleno acesso ao Poder Judiciário, os diversos órgãos reguladores e fiscalizadores da aviação e os prestadores de serviços aéreos também devem se despertar para a operação do direito como ferramenta

de prevenção de acidentes aeronáuticos, e este é um dos casos em que tal estratégia é a solução para o resguardo da segurança da navegação aérea.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (Brasil), Regulamento brasileiro de aviação civil (RBAC) 61: Licenças, habilitações e certificados para pilotos. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbac/RBAC%2061.PDF>>. Acesso em: 27 maio 2013.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **Balões de ar quente não tripulados**. Brasília: Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, 2006.

BRASIL. Constituição (1988).

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 1940.

BRASIL. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **Estatística do Risco Baloeiro**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/baloeiro/pesquisa>>. Acesso em: 27 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria Constitucional. RE 227384, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09-08-2002 PP-00068.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2220, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Matéria Constitucional. ADI 3610, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, DJe-182 DIVULG 21-09-2011

PUBLIC 22-09-2011 EMENT VOL-02592-01 PP-00077 RTJ VOL-00219-PP-00180

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Matéria Constitucional. RE 215325, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 09-08-2002 PP-00067 EMENT VOL-02077-01 PP-00155

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Matéria Criminal. ACR 595820114013000, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:28/05/2012 PAGINA:254.)

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Matéria Criminal. ACR 200951680019031, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/11/2012

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. Salvador: Jus pudvim, 2008.

DE DEUS, D. A. A. Balões de ar quente não tripulados. In: CURSO DE SEGURANÇA DE VOO, 60., 1996, Brasília. **Aulas eletrônicas...** Brasília: 1996. 1 CD-ROM.

GOMES, Luiz Flávio, **Direito penal – parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.
LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO DE JANEIRO (Município). Lei Municipal nº 5.511, de 2012.

INCLUSÃO SOCIAL E REAFIRMAÇÃO DA CIDADANIA: A EDUCAÇÃO ATRAVÉS DA MÚSICA

Maria Gabriela Guimarães Raposo

Estudante de Direito – UNICAP
Estagiária DPU/PE, em 2013.

RESUMO: O artigo procura destacar a importância do desenvolvimento de políticas públicas para a concretização dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico e do papel da música enquanto recurso educacional e instrumento dessas políticas. Visa, ainda, demonstrar a repercussão positiva que a educação não-formal gera na sociedade.

Para tanto, utiliza-se de exemplos práticos, de programas já implementados, a exemplo do Projeto Orquestrando Pernambuco, dos resultados obtidos por eles e dos impactos gerados na vida dos participantes.

Ademais, busca tecer considerações acerca dos direitos fundamentais - com ênfase nos sociais – da cidadania e da inclusão social, estabelecendo como elemento de ligação desses conceitos as políticas públicas de cultura vinculadas à música.

Palavras-chave: Políticas públicas; educação; música; cidadania e inclusão social.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos sociais e políticas públicas de educação e cultura. 2. O Projeto Orquestrando Pernambuco. 3. Cidadania e inclusão social. Conclusão

INTRODUÇÃO

No século XX, particularmente com a Constituição Federal de 1988, os direitos sociais ganharam uma maior relevância no ordenamento jurídico

brasileiro e a cidadania avançou de forma significativa. Sob a ótica de CORRÊA, 2002, p. 212, cidadania seria a “igualdade humana básica de participação na sociedade, concretizada através da aquisição de direitos”.

Para que esses direitos fundamentais, constantes na Constituição, ganhem uma conotação prática e a cidadania possa efetivar-se, necessária é a implementação de políticas públicas.

Consoante entendimento sintético do pensamento de Paulo Freire, a educação não deveria ser compreendida conforme a perspectiva do ensino tradicional, visto que menos formalidade, muitas vezes, desencadeia resultados significativamente mais satisfatórios.

Em Pernambuco, o Conservatório Pernambucano de Música desenvolve o Projeto Orquestrando, um projeto cultural que visa educar através da música. Os participantes ressaltam a importância da música na vida de uma pessoa e as mudanças ocasionadas devido ao contato com o instrumento musical, à disciplina exigida para que se aprenda a manuseá-lo e ao trabalho em grupo desempenhado.

A cultura é indispensável à vida do indivíduo, pois expande o conhecimento e proporciona uma maior participação no meio social, e a educação através dela implica o “fortalecimento do espírito de cidadania, que compreende, por sua vez, a confiança nas instituições e a consciência de poder fazer-se ouvir nelas” (TOURRAINE, 2003, p.82).

1. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Anteriormente à Constituição de 1988, os direitos fundamentais ocupavam um lugar de menor destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no período ditatorial, quando o autoritarismo se sobrepunha ao bem-estar individual e social.

Inaugurando uma nova concepção acerca dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Cidadã traz como elementos integrantes desses direitos, os sociais e econômicos. Dessa forma, a educação e a cultura, aliadas a demais componentes do art. 6º, CF, passam a ter mais notoriedade.

De acordo com a concepção de José Afonso da Silva (1993, p. 289), os direitos sociais consistem em prestações positivas estatais e visam possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, buscando harmonizar situações sociais desiguais.

Além disso, o novo texto constitucional, contrapondo-se ao liberalismo adotado em Constituições anteriores, incumbe o Estado de uma série de deveres, para que os direitos elencados possam ser concretizados. Esse novo cenário, juntamente com os crescentes interesses, necessidades e angústias da sociedade, estimula a ampliação das políticas públicas governamentais, estejam elas abarcadas, ou não, pelas normas constitucionais programáticas, que preveem ações estatais para a consecução dos objetivos previstos.-

Por políticas públicas, entendem-se os

[...] programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público em sentido lato. (BUCCI, 2002, p. 204)

Diante dessa perspectiva, o Estado – contando com seus órgãos e agentes – atua como um gerenciador dessas políticas e deve, conforme tal, buscar estimular a participação coletiva. Se isso é feito através da educação e da cultura, adquire uma importância peculiar, pois esses recursos possuem o poder de reforçar a autoestima dos participantes dos programas e, por consequência, estimulam-nos a transformar os contextos sociais e pessoais nos quais estão inseridos, passando a atuar como verdadeiros agentes transformadores.

Ao contrário do que podem pensar os defensores da corrente ortodoxa do liberalismo, a intervenção estatal nesse âmbito mostra-se fundamental, e não um empecilho ao desenvolvimento por diminuir a competitividade entre as pessoas, uma vez que busca equilibrar a sociedade, atenuando as desigualdades existentes.

Essas políticas públicas de cultura dotam a palavra cidadania de um verdadeiro sentido, por conta das transformações que geram, da inclusão social que propiciam e por efetivarem direitos previstos pela Constituição Federal.

O diálogo entre as culturas, a multiculturalidade, integra a essência de uma sociedade democrática. A globalização é responsável por esse fator, de modo que uma educação pautada em métodos tradicionais de ensino, que

busquem, exclusivamente, transmitir o conteúdo de forma passiva, não é suficiente para a formação completa de um cidadão.

A educação é responsável pela transformação do ser humano, por sua humanização, pelo estímulo à reflexão sobre sua própria existência, levando à emancipação. Outrossim, é por meio dela que a pessoa constrói suas próprias referências culturais.

Paulo Freire enxergava a questão educacional como um problema cultural, uma atividade cultural e um meio de desenvolvimento da cultura (SOUZA, 2001, p. 28). Acreditava que a cultura seria um instrumento libertador e, por isso, o aprendizado não poderia estar dela desvinculado. Por esse motivo, buscou o desenvolvimento cultural dos oprimidos, dos que se encontravam às margens da sociedade, de modo a estimular o engajamento político-econômico-social deles.

As políticas públicas culturais supramencionadas mostram-se eficientes até mesmo no combate à evasão escolar, pois estimulam o reconhecimento do aluno no ambiente da escola, uma vez que a música é algo comum a todos, elemento integrante do cotidiano dos estudantes, aparecendo nos mais diversos momentos da vida deles.

Dentro desse contexto, estão inseridas as políticas públicas culturais que se utilizam da música para alcançar os objetivos pretendidos.

A música é essencialmente um veículo de comunicação, uma forma de interação social, por meio da qual é possível expressar sentimentos, compartilhar realidades e formas de pensar, mostrando-se um eficaz instrumento de conscientização social.

O aprendizado da música está ligado a diversas outras áreas cognitivas e pode nelas interferir. Assim, ensina uma interdisciplinaridade que muito é almejada por educadores, por proporcionar uma maior completude ao processo educacional.

Segundo Wilhems *apud* Gainza (1988, p. 36-37),

Cada um dos aspectos ou elemento da música corresponde a um aspecto humano específico, ao qual mobiliza com exclusividade ou mais intensamente: o ritmo musical induz ao movimento corporal, a melodia estimula a afetividade; a ordem ou a estrutura musical (na harmonia ou na forma musical) contribui

ativamente para a afirmação ou para a restauração da ordem mental no homem.

A educação musical contribui, manifestamente, com a conservação das raízes culturais de uma comunidade, fortalecendo a identidade coletiva. Estimula o desenvolvimento psicomotor, cognitivo e sócio-afetivo. É responsável pelo aumento da capacidade auditiva e da habilidade motora, pois, ao tocar um instrumento, é preciso controlá-lo, desenvolvendo uma série de atos coordenados. Ademais, as pessoas aprendem a conviver com suas capacidades e limitações, recorrendo, muitas vezes, a seus colegas para compartilharem experiências.

Em sendo a música uma arte, logo, inexata, diferentemente da matemática, o aluno desenvolve uma posição de maior criticidade no momento do aprendizado, de modo que se sente mais à vontade para expressar sua opinião e discordar daquilo que está sendo transmitido pelo professor.

Já foram realizados estudos que comprovaram o aumento do desempenho dos alunos nas escolas em que havia aulas de música e a vantagem que esses levavam com relação a outros estudantes privados dessas aulas. Adequando-se a isso, é oportuno citar a didática desenvolvida e instalada em 100 escolas húngaras, a partir de 1951, por Zoltán Kodály. Considerando que o homem sem música não seria completo, pleno, afirmava que essas escolas não seriam de música, mas de seres humanos (KODALY, 1966, p. 32).

Não menos exitoso é o Projeto Orquestrando Pernambuco, desenvolvido na cidade do Recife, PE.

2. O PROJETO ORQUESTRANDO PERNAMBUCO

O Projeto Orquestrando Pernambuco, antes chamado Projeto Suzuki, baseia-se no método já utilizado outrora, em 1994, pelo mesmo Conservatório Pernambucano de Música.

O Projeto Suzuki desenvolveu-se numa comunidade carente do Recife, “Alto do Céu”, em um salão paroquial, ao lado de uma escola comunitária. O espaço era dividido em três outros: uma sala para aula de violino, outra para aula de violoncelo e a maior delas, para as atividades em grupo, como

aulas de teoria e audições. Posteriormente, esta passou a ser a sala de concerto, destinada a apresentações para toda a comunidade.

O método de ensino adotado, desenvolvido pelo músico e pedagogo japonês Shinichi Suzuki, mostra-se eficiente por se basear no *modus vivendi* da sociedade, no aprendizado através da fala e por envolver a comunidade, contando com a colaboração dos pais dos participantes durante o processo.

O repertório escolhido é lúdico e alegre, o que, de acordo com Snyders (citado em Romanelli, 2009, p. 38), possibilitaria a abertura de um processo de recepção dos alunos, estabelecendo uma nova relação deles com o conhecimento e contribuindo, assim, para a sua formação.

Os alunos podem ingressar no projeto a partir dos sete anos e, após mais seis de participação nele, é possível a sua incorporação ao Conservatório Pernambucano de Música, onde aprofundam seus conhecimentos e passam a integrar a Orquestra Sinfônica Jovem.

Tendo em vista o êxito do programa implementado, para expandi-lo, estendendo a outras comunidades, foi criado o Projeto Orquestrando Pernambuco, em parceria com o Governo do Estado e com ONGs que desenvolviam projetos sociais nas comunidades dos Coelhos, Coque e Brasília Teimosa.

O projeto é um exemplo de política pública de cultura e educação, sendo responsável pela formação de futuros músicos e pela inserção deles em orquestras e no mercado de trabalho.

Para ser compatível com as aulas escolares, o projeto é desenvolvido em dois turnos (manhã e tarde), de forma a possibilitar que um maior número de crianças e jovens possa fazer parte dele.

São oferecidas oficinas de estudo de cordas, aulas de teclado, de canto, além de uma base teórica e de solfejo.

Os participantes aprendem desde músicas clássicas a populares, afinal é preciso o reconhecimento de que

[...] tanto é cultura o boneco de barro feito pelos artistas, seus irmãos do povo, como cultura também é a obra de um grande escultor, de um grande pintor, de um grande místico, ou de um pensador. Cultura é a poesia dos poetas letrados de seu país, como também a poesia de seu cancionista popular. Cultura é toda criação humana. (FREIRE, 1980, p.109)

Foi constatado que “o tempo e o contato com a música contribuem para o desenvolvimento das crianças em diversas áreas, como a capacidade de concentração, de raciocínio lógico, coordenação motora, disciplina e também para a sociabilidade”. (GUIMARÃES; HAZIN, 2012) Além disso, os jovens transcendem, na condição de seres humanos, e passam a atuar como agentes modificadores da própria realidade e da realidade alheia, pois não são raras as vezes que viram instrutores de projetos sociais relacionados à música.

Por meio de depoimentos dos próprios jovens integrantes, de familiares ou outros membros da comunidade, percebe-se o sucesso que é o Orquestrando. Apontam melhoras no rendimento escolar, na relação familiar, bem como um aumento da disciplina, como se depreende do depoimento seguinte (em GUIMARÃES; HAZIN, 2012):

A música liga você em tudo contra o mal, traz amor, felicidade, carinho, afeto. Então, é um amor tão grande, que a pessoa não pensa fazer o mal. (...) A música clássica é completa de amor, eu acho que isso é que traz felicidade para uma pessoa que toca um instrumento clássico. A música me transformou. Fiz novas amizades, com pessoas com as quais tenho maior afinidade. Tudo isso a partir dos novos conhecimentos, valores e interesses. Quando a gente vai para uma orquestra, uma apresentação, a gente conhece outras pessoas, eu gosto muito de conversar com gente de fora, trocar *emails* e conversar pela internet.

Quando de uma observação do contexto social das comunidades recifenses, constata-se que é comumente marcado pela violência, pelo fácil acesso às drogas e por práticas diversas da criminalidade. O que se percebe é que, com a entrada no projeto, as crianças e jovens dele participantes, muitas vezes, abandonam essa situação de risco ou sequer chegam a participar dela. No tempo livre que possuem, estão envolvidos por atividades do programa ou se dedicando ao aperfeiçoamento das técnicas aprendidas.

Assim, resta evidente a função de inclusão social do projeto. Pelo sentimento de utilidade despertado, os jovens passam a ter uma maior

necessidade de participar da sociedade, da construção social, buscando integrar-se cada vez mais.

No mais, o Orquestrando Pernambuco é instrumento de reafirmação da cidadania também por concretizar direitos sociais, assegurados pelo conjunto de normas jurídicas brasileiro, a exemplo dos direitos à educação, ao lazer e à cultura.

3. CIDADANIA E INCLUSÃO SOCIAL

O fenômeno jurídico não pode ser desagregado da realidade social, da existência dos direitos na prática e da interpretação que as pessoas fazem deles. Também não se pode desvincular o Direito da cidadania.

A qualidade de cidadão, por sua vez, compreende algo que vai além do gozo dos direitos políticos. Sob uma perspectiva mais atual, a cidadania pode ser entendida como um processo de inclusão social (CORRÊA, 2002, p. 33). Desse modo, os direitos previstos na ordem jurídica afastam-se do plano da abstração e ganham um efetivo sentido na realidade prática. Não obstante os direitos, deveres também são assumidos pelos cidadãos, de forma que esse conjunto implica o desenvolvimento social e a redução das desigualdades.

Em iniciativa louvável, provendo a sociedade de direitos – à cultura, à educação – que lhe são cabíveis, foi sancionada a Lei 11.769/2008, determinando a música como componente obrigatório do currículo escolar e estabelecendo o ano de 2012 como limite para que as escolas brasileiras se adaptassem a essa nova exigência.

CONCLUSÃO

Precisa-se levar em consideração, na educação do indivíduo, além de seus anseios e expectativas, o meio social e cultural nos quais está inserido, sob pena de a prática educativa tornar-se pouco interessante e mesmo desestimulante. Diante disso, verifica-se que uma educação formal, que não busque elementos de cultura, dificilmente formará um cidadão completo, isto é, um efetivo agente social. Afinal,

É preciso que a educação esteja - em seu conteúdo, em seus programas e em seus métodos - adaptada ao fim que se persegue: permitir ao homem chegar a

ser sujeito, construir-se como pessoa, transformar o mundo e estabelecer com os outros homens relações de reciprocidade, fazer a cultura e a história... (FREIRE, 2005, p. 45)

A música tem, então, revelado-se um importante instrumento educacional, propiciador de transformação e integração da sociedade, aumentando a autoestima das pessoas, bem como impulsionando o desenvolvimento de uma série de habilidades, ligadas a aspectos sociais, motores e emocionais.

As políticas públicas educacionais e culturais que guardam relação com a musicalidade mostram-se, conforme os estudos, como meios muito eficazes de inclusão social e reafirmação da cidadania.

O que se espera é a continuidade das referidas políticas públicas, buscando expandi-las, e que a música passe, de fato, a figurar na grade curricular dos alunos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Hazin; OLIVEIRA, Cleide F. G.; GUIMARÃES, Sueli M. P.; **Juventudes, consumo cultural e políticas públicas**. (Projeto de pesquisa), 2010.

BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei nº 11.769, de 18 de agosto de 2008. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, para dispor sobre a obrigatoriedade do ensino da música na educação básica.

BRUNIS, Veronika. **MÚSICA E CIDADANIA: o papel da música para o desenvolvimento intelectual, emocional e moral do indivíduo**. Disponível em: < <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/04/artigo-2a24.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2013.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. 3ª ed. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2002.

FREIRE, Paulo. **Educação como Prática da Liberdade**. *Rio de Janeiro: Paz e Terra*, 1980.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação**. 3ª ed. São Paulo: Centauro Editora, 2005.

FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

FREIRE, Paulo; GUIMARÃES, Sérgio. **Aprendendo com a própria história**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GAINZA, Violeta Hemsy de. **Estudos de Psicopedagogia Musical**. 3ª ed. São Paulo: Summus, 1988.

GUIMARÃES, Sueli Maria Pereira; HAZIN, Ana Lucia de Alencar; **Juventude, Cultura e Políticas Públicas**. Anais do 15º Encontro de Ciências Sociais. CISO- Teresina- Piauí, 2012.

GUIMARÃES, Sueli Maria Pereira; HAZIN, Ana Lucia de Alencar. **Cultura e Música: Instrumentos de transformação da juventude da periferia**. VII Congresso Português de Sociologia: Sociedade, Crise e Reconfigurações, Vol.1- Porto, Portugal, 2012.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**, 2007. Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: 06 de março de 2013.

RAUCH BARANOSKI, Maria Cristina; LUIZ, Danuta E. Cantóia. **Cidadania: sistematizando fundamentos teóricos e conceituais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, XII, n. 62, mar 2009. Disponível

em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6006>. Acesso em: 06 de março de 2013.

ROMANELLI, Guilherme Gabriel Ballande; **A Música que soa na escola: Estudo Etnográfico nas séries iniciais do ensino fundamental**. (Tese). Curitiba, 2009. Disponível em: < http://www.ppge.ufpr.br/teses/D09_romanelli.pdf>. Acesso em: 09 de março de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SOUZA, João Francisco de. **Atualidade de Paulo Freire: contribuição ao debate sobre a educação na diversidade cultural**. Recife: Bagaço Núcleo de Ensino, Pesquisa Extensão em Educação Popular da UFPE (NUPEP) 2001.

SOUZA, João Francisco de. **Ética, política e pedagogia na perspectiva freireana**. Recife: Bagaço, 2004.

SNYDERS, Georges. **A escola pode ensinar as alegrias da música?** 2^a ed. São Paulo: Cortez, 1994.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

A SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA COMO MEIO DE APROXIMAÇÃO DO CIDADÃO À JUSTIÇA

Mariana Belém

Graduação em Arquitetura e Urbanismo pela UFPE

Pós-graduação Lato Sensu em Língua Portuguesa, com Ênfase em Produção Textual e Linguagem Jurídica pela Faculdade de Comunicação e Turismo de Olinda

Estudante do 3º Período do Curso de Direito – Faculdade Marista do Recife

Servidora da Justiça Federal de Pernambuco

RESUMO: O presente trabalho destina-se a fazer uma análise acerca da linguagem adotada pelos operadores do Direito, tendo em vista a dificuldade de compreensão dos textos jurídicos por parte da população usuária dos serviços jurisdicionais. Para tanto, fez-se um estudo acerca da linguagem forense e dos conceitos sobre a linguagem técnica utilizada nas produções textuais jurídicas. Em complementação, procedeu-se à análise do arcaísmo jurídico, bem como do “juridiquês”, e as consequências de sua utilização perante a sociedade. Por fim, a discussão sobre a importância do acesso do cidadão comum à justiça, concluindo-se que a simplificação da linguagem adotada no meio jurídico torna mais justa a aplicação do Direito, na medida em que aproxima a sociedade da justiça, que passa a compreender melhor o seu próprio direito.

Palavras-chave: Linguagem jurídica. Arcaísmo. Simplificação. Justiça. Cidadão.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Linguagem Jurídica. 2.2 O Arcaísmo Jurídico e o Juridiquês. 2.3 A linguagem jurídica e o cidadão. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A linguagem adotada no meio jurídico obedece a uma formalidade e a um rigor que, muitas vezes, a tornam de difícil entendimento para as partes envolvidas em um processo judicial. As partes, aqui, são, em grande maioria, pessoas sem formação jurídica, as quais são, também, autores ou réus de um processo judicial.

É certo que, em muitos casos, a parte, mesmo leiga, faz-se representada por advogado, conhecedor da linguagem adotada. Mas é crescente o número de ações nos Juizados Especiais, em que a parte ajuíza e acompanha uma ação mesmo sem se fazer representada por um defensor.

O que ocorre, quase sempre, em ambas as situações, é a não compreensão dos atos, decisões e, especialmente, das sentenças, pelas partes leigas envolvidas no processo, o que acaba por distanciar esses cidadãos da justiça.

Diante disso, surgiu a preocupação com o tipo linguagem adotada nos processos judiciais. Muitos estudos, dissertações e teses estão sendo apresentados com o intuito de defender a simplificação da linguagem adotada, conhecida como “juridiquês”. Trata-se, na realidade, da defesa de uma linguagem mais clara e objetiva não só para os operadores do Direito, mas, também, para toda a população, como forma de tornar a justiça brasileira mais democrática e mais próxima do cidadão comum.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. LINGUAGEM JURÍDICA

A linguagem jurídica é uma linguagem específica, técnica, voltada para o estudo jurídico, bem como para resoluções de litígios judiciais.

Essa linguagem é considerada por alguns linguistas como opaca, fechada ou de grupo, por não haver interação com a sociedade. Diferente da linguagem popular, falada e destinada a todos os sujeitos. Algumas peças são redigidas de uma forma que torna difícil a sua compreensão por um não jurista, tendo em conta a utilização de termos e expressões próprios desse grupo.

É considerada, ainda, uma linguagem técnica, não natural, em termos próprios. É também tradicional, pois os termos empregados trazem consigo história e tradição, perdurando, desse modo, por mais tempo, não caindo em desuso com facilidade. Outra característica é a pluralidade dessa linguagem, visto que é utilizada em todos os canais de comunicação do direito.

A linguagem jurídica compreende o vocabulário jurídico, que é o conjunto de palavras, termos ou expressões empregados nessa linguagem. Tal vocabulário é fortemente marcado por arcaísmos (palavras e expressões que já estão em desuso), estrangeirismos (incorporação de palavras e expressões estrangeiras ao nosso vocabulário), e, ainda, latinismos (emprego de expressões em Latim nos textos jurídicos).

Dentro da linguagem forense, temos, ainda, que observar o discurso jurídico. Discurso é linguagem em ação. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., “é o conjunto de ações linguísticas em que alguém fala (orador), alguém ouve (ouvinte) e algo é dito (objeto)”. Trata-se de uma situação comunicativa em que deve haver entendimento entre quem fala e quem ouve. O discurso jurídico, em sua generalidade, é o conjunto das produções de sentido no campo jurídico e abarca toda a dinâmica interna do jurídico e suas fontes. Esse tipo de discurso diferencia-se de outras práticas de linguagem social devido às suas características típicas voltadas ao processo judicial (conflito dirigido a uma decisão ou acordo), e carece, muitas vezes, de entendimento por uma das partes.

Os elementos presentes em um discurso judicial dividem-se em emissores, aqueles que decidem; receptores, que são os que se comportam de acordo com o decidido; e objeto. O discurso judicial está, portanto, voltado para a resolução de conflitos judiciais através do procedimento judicial. Trata-se, então, da utilização prática da linguagem jurídica por todas as partes envolvidas no processo, dirigida à resolução do conflito, em que as partes (autor e réu) expõem as suas razões e o Juiz decide o conflito.

2.2. O ARCAÍSMO JURÍDICO E O JURIDIQUÊS

O arcaísmo compreende termos e expressões que se encontram em desuso no vocabulário atual, obsoletas, mas que já foram utilizados em um dado momento histórico. Compõe-se, quase sempre, de expressões de

origem estrangeira, no qual a principal influência é o Latim. Expressões como *enfiteuse, in verbis, ad quo, ad quem, usque*, as quais passaram a fazer parte do vocabulário e dos textos jurídicos, como forma de tornar tais produções jurídicas esteticamente elegantes e com um estilo próprio.

Tal característica, fez com que a linguagem utilizada pelos operadores do Direito se tornasse uma linguagem particular, com o uso de jargões jurídicos conhecidos como o “juridiquês”. Palavras que passaram a ter um significado próprio dentro do mundo jurídico e que, muitas vezes, são utilizadas com o intuito de esconder o real significado do termo. O juridiquês não é linguagem técnica, mas, sim, um desvio da linguagem jurídica.

Ainda é grande o número de textos produzidos no meio jurídico que mantém esse rebuscamento linguístico em sua estrutura, dificultando a compreensão e, muitas vezes, tornando-a inacessível ao leigo. Isso acontece devido ao fato de ainda existirem muitos patronos do uso desse tipo de linguagem, os quais defendem a importância do rebuscamento e tradição da linguagem utilizada entre os operadores do Direito.

Como exemplo, podemos mencionar o termo “peça ou petição inicial”, documento que dá início ao processo judicial. Muito comum é a substituição desse termo por outros como “exordial” ou “peça vestibular”. Mas ainda existem expressões como “prologal”, “peça incoativa” ou ainda “petição de introito”, para se dizer a mesma coisa.

Percebe-se, com o exemplo acima, que a manutenção do vocabulário rebuscado torna-se nocivo, quando pode ser substituído por palavras mais simples que têm o mesmo significado. E é essa a posição defendida pelos doutrinadores modernos, os quais defendem uma mudança no tradicionalismo linguístico utilizado pelos operadores do direito a fim de possibilitar uma maior democratização e acessibilidade à justiça.

A própria AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros – e outras entidades consideradas rígidas em seu modo de agir, lançam campanhas e promovem ações acerca da conscientização de se aproximar a sociedade da justiça, tendo a linguagem como condão principal. Percebe-se, com isso, a dimensão que atingiu a problemática do linguajar jurídico utilizado atualmente.

O arcaísmo vocabular jurídico torna a justiça antidemocrática, pois afasta o cidadão do processo de formação de uma justiça em que ele possa

atuar, bem como entender as normas as quais ele deve cumprir. Como declarou a própria ABM, “ninguém gosta do que não entende” (ABM, 2008).

É importante perceber, também, a descriminalização das instituições jurídicas por parte da sociedade ante a falta de entendimento dos instrumentos jurídicos utilizados. Eles têm a sensação de que as leis não foram criadas para elas, e, sim, para profissionais atuantes no âmbito jurídico.

Percebe-se, então, a influência negativa do arcaísmo vocabular jurídico nas relações sociais de hoje, pois essa linguagem, fechada e particular, afasta o cidadão do entendimento acerca das normas jurídicas. A permanência desse linguajar propõe-se apenas a manter, dentre outras vaidades, uma posição de superioridade de alguns juristas e operadores do Direito perante a sociedade, o que, na atualidade, demonstra um retrocesso ao desenvolvimento da linguagem jurídica.

2.3. A LINGUAGEM JURÍDICA E O CIDADÃO

Verifica-se que a linguagem, atualmente adotada nos textos jurídicos, é essencialmente uma linguagem formal, rígida, de difícil entendimento e, portanto, distante da grande parcela dos cidadãos usuários do Poder Judiciário.

A simplificação da linguagem jurídica surge, então, da necessidade de tornar a justiça mais democrática e plural, no sentido de aproximá-la do cidadão comum.

A linguagem utilizada no meio jurídico é ainda muito cheia de expressões arcaicas, latinas e pedantes, sendo conhecida como “juridiquês”. Expressões essas, que podem ser facilmente substituídas por expressões mais simples sem perder seu significado.

Não se defende a vulgarização da linguagem adotada, a qual se deve manter no padrão culto da língua, nem se estipulado o desuso de termos técnicos necessários ao seu contexto, mas, sim, combatendo uma série de excessos os quais poderiam ser retirados sem prejuízo, facilitando o entendimento do cidadão.

Mas a defesa por essa simplificação ainda não é um consenso no meio dos operadores do direito. Uma boa parte ainda resiste à simplificação da

linguagem, insistindo em manter um vocabulário rebuscado, utilizando-se de termos desnecessários, acreditando que escrever e falar difícil é sinônimo de cultura.

Em contrapartida, aumenta o número de operantes do campo jurídico que defendem um texto jurídico mais limpo. Entendem que a atividade jurídica tem como o destinatário o cidadão, portanto sua linguagem deve-se adequá-la a ele, e que o uso de uma linguagem mais simples, clara e dinâmica não desrespeita a norma jurídica.

Deve-se entender que essa simplificação não significa a retirada por completo de termos e expressões técnicas, de uso específico no campo do direito. Tem-se a consciência de que parte da linguagem não pode ser substituída, mas muitos termos podem ser trocados por outros de mais fácil compreensão.

Como exemplo, temos a Lei dos Juizados Especiais, a qual tornou a justiça mais ágil, desburocratizada e mais acessível à população. Esse procedimento mais simples despertou nos Juízes e demais operantes do direito o exercício de um diálogo mais compreensível, deixando de lado o monólogo indecifrável de suas decisões e sentenças, tornando, assim, a Justiça mais próxima dos cidadãos.

Essa simplificação é um instrumento fundamental para a aproximação do cidadão comum, usuário dos serviços da justiça, com a própria justiça. O contato diário do juiz com o jurisdicionado e a própria sociedade não enfraquece o Poder Judiciário, ao contrário, torna-o mais legítimo.

3. CONCLUSÃO

Percebe-se, diante do exposto, que a linguagem jurídica na forma como vem sendo utilizada é um dos principais fatores que contribuem para o afastamento do cidadão comum da justiça.

A linguagem regada de arcaísmos está deixando de ser vista como sofisticação nos textos jurídicos, e, sim, como exagero e até mesmo como forma de ofuscar a real significação de seu conteúdo.

É bem verdade que ainda existem patronos da manutenção do uso dessa linguagem rebuscada, mas que vêm perdendo cada vez mais espaço para os que defendem a importância da compreensão dos textos jurídicos produzidos por seus destinatários, muitas vezes, cidadãos comuns, leigos

juridicamente, que são atingidos diretamente pelas decisões prolatadas.

Portanto, é inegável uma reavaliação na postura adotada pelos profissionais do Direito que ainda se utilizam de expressões indecifráveis, visto que a simplificação da linguagem jurídica defendida visa a uma maior integração da sociedade com a justiça, na busca pela defesa de seus direitos. Porquanto se cria um ambiente mais seguro para o cidadão, na medida em que ele entende de fato os seus direitos e como funciona o processo para garanti-lo.

Para que essa mudança de postura ocorra, é fundamental que os próprios operadores do Direito em todas as áreas se conscientizem da importância desse tema e, principalmente, da importância de se fazerem entendidos pelo cidadão comum, na medida em que este cidadão, o qual depende da Justiça para garantir seus direitos, não pode ser prejudicado pela incompreensão linguística.

Dessa forma, a mudança nos costumes e a conseqüente simplificação na linguagem adotada entre os profissionais jurídicos tornam-se fundamentais para que o Direito cumpra o seu papel social de permitir ao cidadão não só o acesso à justiça, mas também de entender e se fazer entendido, ao passo que só assim ele pode ter seus direitos fundamentais garantidos por ela.

REFERÊNCIAS

LIMA, Raimundo Ferreira de. A simplificação da linguagem jurídica como forma de possibilitar um maior e melhor acesso à justiça pelos cidadãos de baixa instrução. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/21/16>>. Acesso em 13 Mai.2012.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Pela simplificação da linguagem jurídica: ninguém valoriza o que não entende. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/PelaSimplifLinguagemJuDica.pdf>>. Acesso em: 19 Mai.2012.

Juízes fazem campanha contra “juridiquês” usado por advogados. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/educacao/ultnot/ult105u3913.jhtm>>. Acesso em: 19 Mai.2012.

RAMOS, Alexandre Magno Lins. A linguagem jurídica como óbice ao conhecimento das normas de direito e ao acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29690>>. Acesso em: 23 Mai.2012.

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. O juridiquês e a linguagem jurídica: o certo e o errado no discurso. Disponível em: <www.amatra17.org.br/arquivos/4a1d8f3c15d4d.doc>. Acesso em: 21 Jun.2012.

HENRIQUES, Antonio. **Prática da linguagem jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2008.

VIANA, Joseval Martins. **Manual de redação forense e prática jurídica**. 3ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Juarez de oliveira, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Edmundo Dantès. **Linguagem Forense**. 10ª Ed., 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1992.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL À LUZ DO ART. 195, § 7º, DA CF/88

Marta Jussara Vila Nova Alves de Lima

Analista Judiciária da Justiça Federal de Pernambuco
Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco
Especialista em Direito Processual Civil pela ESMape
Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera

RESUMO: Versa o presente trabalho sobre a desoneração tributária das entidades beneficentes de assistência social à luz do art. 195, §7º, da Carta Magna. A relevância do assunto ganha contornos diante da dificuldade em se identificar os sujeitos da referida imunidade tributária. Busca-se investigar a conformidade formal e material das normas infraconstitucionais com a Carta Magna. Assim, discute-se se seria a lei ordinária ou complementar o veículo idôneo para a disciplina da matéria, bem como se a lei estaria modificando o teor do referido preceito constitucional.

Palavras-chave: imunidade. assistência social. contribuições sociais. entidades filantrópicas.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Imunidade tributária. 2. Natureza jurídica da desoneração prevista no art. 195, §7º da CF: imunidade ou isenção? 3. Norma que deverá regulamentar a matéria: lei complementar ou lei ordinária? 4. Conceito de entidade beneficente de assistência social. 5. Arcabouço normativo que disciplina a imunidade do §7º do art. 195. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

O § 7º do art. 195 da Carta Magna objetiva estimular a sociedade, por meio da desoneração tributária das contribuições para a seguridade social, a desenvolver atividades beneficentes de assistência social.

Diante do arcabouço legislativo que disciplina a matéria, busca-se investigar se, ao tentar regulamentar o conceito de entidade beneficente de assistência social, não estariam as normas infraconstitucionais violando a Constituição Federal.

As questões norteadoras da pesquisa encerram algumas controvérsias. Inicialmente, será enfrentada a natureza jurídica da desoneração tributária à luz do § 7º do art. 195 da Carta Magna. Com efeito, refere-se o mencionado preceito constitucional à expressão “isenção”; todavia, por se tratar de limitação ao poder de tributar, discute-se se seria hipótese de imunidade.

Posteriormente, será realizado um estudo sobre a natureza da norma que irá disciplinar o referido preceito constitucional; nesse ponto, impõe-se verificar se aquele será regulamentado por lei ordinária ou lei complementar.

Em seguida, será abordado o conceito da expressão entidade beneficente da assistência social como sujeito da referida desoneração, o que será apreciado diante da interpretação sistemática das normas constitucionais.

Por fim, será analisada a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, o que passará tanto pela apreciação dos diplomas legais revogados, objeto de apreciação pelo STF, quanto das normas vigentes.

Com o presente trabalho, busca-se compreender os limites para a regulamentação da matéria pela legislação infraconstitucional, notadamente, quanto à fixação dos requisitos formais e materiais.

1. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Trata-se de instituto de índole constitucional. Assim, a própria Carta Magna, ao traçar a competência legislativa dos entes políticos para instituir tributos, proíbe o seu exercício, objetivando resguardar princípios, interesses ou valores tidos como fundamentais pelo Estado.

As pessoas político-constitucionais somente podem exercer sua competência tributária dentro do âmbito definido, rígida e expressamente,

pela Constituição. As imunidades tributárias definem uma área expressamente subtraída à competência legislativa dos referidos entes. Portanto, ao traçar a competência tributária, o constituinte edita preceitos que contêm regras positivas, atributivas de competência e, simultaneamente, a que contém regra negativa de competência.

Decerto, a imunidade tributária está ligada à estrutura política do país calcada em interesses sociais. A sua *ratio essendi* está na proteção e estímulo aos valores éticos e culturais agasalhados pelo Estado. Segundo o Prof. Ives Gandra da Silva Martins (1990, p. 170-171) “as imunidades foram criadas, estribadas em considerações extrajurídicas, atendendo a orientações do Poder Constituinte em função das idéias políticas vigentes, preservando determinados valores políticos, religiosos, sociais, culturais e econômicos, todos eles fundamentais à sociedade brasileira.”

O poder constituinte - como expressão mais alta da soberania do Estado tem-, dentre as suas missões, o mister de organizar a sua estrutura, oferecendo-lhe o poder que julgar necessário para o atendimento de suas elevadas finalidades. Nesse diapasão, exsurge o poder fiscal, pois o Estado necessita de recursos para alcançar o bem comum. Por sua vez, a manifestação desse poder decorre das normas jurídicas que instituem os tributos.

Nos Estados federativos, o poder fiscal é repartido entre os entes sob a forma de competências tributárias. Em outras palavras, conforme ressalta Bernardo Ribeiro de Moraes (1998, p. 110), “o poder tributário pertence ao Estado Federal como um todo, sendo repartidas, pelo Poder Constituinte, parcelas desse poder fiscal, sob a forma de ‘competências’ tributárias às pessoas políticas de direito público”. A competência tributária que decorre da soberania e efetiva-se mediante a edição de normas que instituem os tributos.

Interessante destacar que, no Brasil, as regras de imunidade somente foram inseridas no ordenamento jurídico a partir de 1891, pois, até essa data, em razão do regime unitário (império do Brasil), não se cogitava a aplicação dessas regras.

Nesse contexto, diante dessa breve digressão quanto à concepção de poder fiscal e competência, a imunidade surge como princípio de vedação ao poder fiscal para instituir tributos. Assim, impede, para determinada área, a existência de poder fiscal e, conseqüentemente, de competência

tributária. Ou seja, não há lugar para a edição de lei instituidora de exação, tampouco relação obrigacional tributária.¹

Diante dessa ideia de que a imunidade constitui princípio de vedação ao poder fiscal, convém destacar que não parece ser de melhor técnica dizer que se trata de meio de supressão ou vedação de competência. Isso, porque a “limitação” ou “supressão” de competência somente teria lugar caso a competência tributária já existisse antes.²

Na verdade, a competência já tem os seus limites demarcados na Constituição. Conforme ressaltou José Souto Maior Borges (1976, p. 253 apud MORAES, 1998, p. 124) “a rigor, a imunidade não subtrai competências tributárias, pois essa apenas é a soma de atribuições fiscais que a Constituição Federal outorga ao poder tributante e o campo material constitucionalmente imune nunca pertenceu à competência deste”.

A imunidade tributária não pode ser tida como um privilégio, um favor ou um benefício fiscal. Na imunidade, há um interesse nacional a retirar, no campo da tributação, fatos considerados de relevo, ao passo que “nas demais formas desonerativas há apenas uma veiculação de uma política transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação.” (MARTINS, 1998, p. 32).

Segundo Ives Gandra Martins (1998, p.33), essa absoluta vedação ao poder de tributar foi imposta para atender a um dos seguintes objetivos: seja manter a democracia, a liberdade de expressão e ação de cidadãos, seja atrair os cidadãos a colaborarem com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.

Assim, nas hipóteses de vedação tributária que versa sobre a imunidade recíproca, dos templos, das entidades sindicais de trabalhadores e a da imprensa visa-se fortalecer a democracia, a livre expressão e a cidadania. Por

¹ Convém destacar que a imunidade das instituições de assistência social e instituições de educação, que serão objeto de análise no presente trabalho, foi inserida a partir da Constituição de 1946. Posteriormente, foi mantida na Constituição de 1967, Emenda Constitucional de 1969 e na Constituição de 1988.

² Alguns autores entendem que se trataria de regra de exclusão ou supressão, como José Afonso da Silva (1990, p. 599) “excluem o poder de tributar, impedindo que se defina o imposto”; Ives Gandra (1990, p. 170) assevera que é “limitação à competência tributária por determinação exclusiva da Constituição”; Hugo de Brito Machado (1993, p.196) leciona no sentido de que “toda atribuição de competência importa uma limitação e se a regra que imuniza participa da demarcação da competência tributária, resulta evidente que a imunidade é uma limitação dessa competência.”.

sua vez, as imunidades relativas a entidades de educação e assistência social objetivam “atrair os cidadãos a suprir as ineficiências do Poder Público, decorrentes, na maior parte das vezes, da incompetência administrativa, dos desperdícios, da corrupção e da luta sem ética pelo poder”³ (MARTINS, 1998, p. 33).

Convém, ainda, destacar que a imunidade tributária opera *ope legis* sem necessidade de concessões, autorizações ou despachos. Assim, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho “quadrandose na previsão constitucional, observados os requisitos, tem, desde logo, direito. Não pagará imposto desnecessária autorização, licença ou alvará do ente político cujo exercício da competência está vedado (a imunidade abre para os dois lados: à pessoa jurídica de direito público, proibindo o exercício da tributação; e ao imune, assegurando-lhe o direito de não se tributado)”⁴ Por se tratar de norma auto-executável, veda-se, de imediato, a cobrança do tributo incidente sobre aquela área.

Portanto, a imunidade tributária trata-se de um princípio de vedação ao poder fiscal para instituir tributos. Tal norma não visa assegurar um privilégio, mas resguardar valores constitucionalmente protegidos ao estimular a participação do cidadão no desempenho de atividades essenciais que competem ao Estado. Diante dessa tônica do particular colaborar com o desempenho das atividades do Poder Público, deve ser apreciado o art. 195, §7º, da Carta Magna, que será objeto do presente trabalho.

2. NATUREZA JURÍDICA DA DESONERAÇÃO DO ART. 195, § 7º DA CF: IMUNIDADE OU ISENÇÃO?

Nos termos do art. 195, § 7º, da Carta Magna “são isentas de contribuição para a Seguridade Social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei”.

³ Interessante destacar passagem de Ives Gandra sobre o Tema: “No Brasil, mais do que nunca, a triste constatação de que de *Lor Acton* é presente, pois o Poder corrompe, e o Poder Absoluto corrompe absolutamente. Por esta razão, sabiamente, o constituinte, conhecendo a natureza humana dos detentores do poder, na história brasileira, estimula o cidadão, através das imunidades tributárias, a que faça o que o Estado deveria fazer e não faz, é incomensuravelmente superior ao público, principalmente no ensino de primeiro e segundo grau ou nos hospitais particulares.” (MARTINS, 1998, p.33).

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Imunidade de instituições de assistência. RDT 5/127.

Observe-se que o constituinte originário claramente equivocou-se ao cunhar a expressão isenção. Conforme exposto, a desoneração, em sede constitucional, configura hipótese de limitação ao poder de tributar, tratando-se, portanto, de imunidade, e não de isenção.

Ressalte-se que tal distinção não tem caráter meramente acadêmico. Decerto, a definição da natureza dessa desoneração tem repercussão na segurança das relações jurídicas.

Primeiramente, a isenção representa meio para retirar o ônus financeiro de caráter provisório, uma vez que poderá ser instituída ou revogada por lei ordinária ao sabor da política de governo.

Por sua vez, a imunidade encerra definitividade, pois resta evidente que o constituinte buscou proteger os valores que lhe são mais caros, no caso do § 7º do art. 195, a dignidade da pessoa humana. Isso, tendo em vista que objetiva a norma constitucional, ao garantir a imunidade subjetiva às entidades de assistência social, incentivá-las a fornecerem serviços de melhor qualidade aos cidadãos ante a reconhecida deficiência estatal em prestá-los.

Outro traço característico da diferença é que, como visto, a imunidade implica limitação real ao poder de tributar. É vedação de caráter absoluto. As normas que asseguram a imunidade estão fora do campo de incidência da obrigação tributária. São normas constitucionais que se antecedem ao instante de nascimento da própria obrigação tributária (ALVES, 1998, p. 269).

Por seu turno, a isenção tributária significa a retirada, por lei, de parcela da hipótese de incidência da norma tributária. A isenção não decorre da própria Constituição, mas da legislação ordinária. Assim, depois de criado o tributo, o ente político responsável pela sua cobrança pode excluir certas situações ou determinadas pessoas da incidência da exação. Em outras palavras, situa-se aquele instituto dentro do campo de incidência da obrigação tributária, pois apenas exclui o crédito tributário ao eximir o contribuinte da obrigação de pagar o tributo.

Outra distinção relevante entre os institutos reside no critério interpretativo das normas que os disciplinam. Interessante trazer a lume o entendimento de Ives Gandra Martins (Apud, Alvez, 1998, p. 270), para quem a imunidade não pode ser interpretada de forma restritiva, como é o caso das isenções à luz do art. 111 do CTN, a fim de se evitar que se

corra o risco de contra o *intentio legis* ser alocada à área de competência impositiva, situação intencionalmente colocada fora de sua alçada.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado (p. 30, Apud AKSELRAD, 1998, p. 406) preconiza que não se justifica “qualquer interpretação amesquinhadora do princípio fundamental albergado pela norma imunizante”. Adverte, ainda, Bernardo Ribeiro de Moraes (p. 407, Apud AKSELRAD, 1998, p. 406) “As normas imunitárias devem ser interpretadas através de exegese ampliativa. Não podem ser restritivamente interpretadas, uma vez que o legislador menor ou intérprete não podem restringir o alcance da Lei Maior”.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal vem sedimentando, ao longo dos anos, em iterativos julgados, o uso de interpretação ampliativa das normas imunizantes. Com efeito, conforme será abordado no próximo ponto, verifica-se que foi dada tal interpretação ao conceito de entidades beneficentes de assistência social.

Portanto, enquanto a imunidade está reservada ao âmbito constitucional, já que compete à Constituição estabelecer a estrutura do Estado e, portanto assegurar a proteção de valores que devem ser protegidos mediante a limitação ao poder de tributar; a isenção está reservada a lei e se presta a afastar a incidência da lei sobre obrigações tributárias preexistentes. Nessa ordem de raciocínio, resta evidente que a expressão “isenção”, inculpada no §7º do art. 195 da CF, revela atecnia. Conforme manifestação da Corte Constitucional, não obstante referir-se impropriamente à isenção, busca contemplar as entidades beneficente de assistência social com o “favor constitucional da imunidade tributária”⁵.

3. NORMA QUE DEVERÁ REGULAMENTAR A MATÉRIA: LEI COMPLEMENTAR X LEI ORDINÁRIA?

Sabe-se que a Constituição no art. 146, II, da CF estabelece que cabe à lei complementar “regular as limitações ao poder de tributar”; todavia, no art. 195, §, 7º, da CF remete à regulação das características subjetivas das entidades beneficentes de assistência social a “lei” sem adjetivá-la.

⁵ RMS 22192, Rel: Min. Celso De Mello, Primeira Turma, julgado em 28/11/1995, DJ 19-12-1996.

Observe-se que o referido art. 195, § 7º, numa péssima redação, traz a expressão “isenção” e remete à “lei” a disciplina dos requisitos subjetivos. É certo que se trata de imunidade, pois, conforme ensina Sacha Calmon (1999, p. 147-148), toda restrição ao poder de tributar das pessoas políticas “com *habitat* constitucional traduz imunidade, nunca isenção, sempre veiculável por lei infraconstitucional”.

Assente na Jurisprudência da Corte Constitucional o entendimento de que quando a Constituição faz menção à expressão “lei” sem adjetivá-la, trata-se de lei ordinária; por sua vez, para a incidência de lei complementar, deveria haver a previsão expressa deste veículo normativo. (ADI 2028, Min. Moreira Alves, nov-99, DJU 16.06.2000)

Para disciplinar a imunidade tributária, todavia, ainda que o preceito legal não se refira expressamente à lei complementar, impõe-se a aplicação do art. 146, II, da CF, que somente admite esta espécie legislativa para regulamentar limitação ao poder de tributar.

Nesse diapasão, ensina Sacha Calmon (1999, p. 147-148), que o constituinte deveria ter acrescentado ao substantivo “lei” o adjetivo “complementar” para maior clareza. Todavia, a omissão não compromete o comando do preceito em face do axioma hermenêutico de que o “menos” se integra ao “mais”. Em outras palavras, se a limitação genérica, prevista no art. 146, II, exige lei complementar para a sua regulamentação, não seria diferente com a regulamentação específica prevista no art. 150, VI, c e art. 195, § 7º da Carta Magna. “Sabido que o Direito não tolera disposições antiéticas, sob pena de ilogismos deôntico, cabe ao intérprete harmonizar o conflito (se real) pela supressão de uma das disposições e, se aparente, pela integração dos dispositivos à luz dos conjuntos normativos”. (COELHO, 1998, p. 229).

Decerto, para a compreensão da questão quanto ao cabimento da lei complementar, é necessário advertir que a referida normatização tem um campo próprio. Trata-se de norma de âmbito nacional, destinada a regular matéria a ela conferida expressamente pela Carta Magna. É uma norma intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Tem por finalidade integrar os princípios gerais constantes na Carta Magna e os comandos de aplicação constantes da legislação ordinária. Portanto, a sua matéria versa sobre normas gerais à medida que busca explicitar e desenvolver de maneira normativa preceitos constitucionais. “Fica defeso às leis complementares

esmiuçar determinadas matérias, uma vez que tal tarefa incumbe às leis ordinárias.” (BASTOS, 1998, p. 246).

Interessante trazer a lume o ensinamento de Sacha Calmon (1998, p. 229) que aduz que as matérias deferidas à lei complementar não podem ser objeto de delegação. “Caso contrário, para que este tipo específico de lei de quórum qualificado, se as matérias a ela reservadas pudessem ser delegadas? (*non sense*)”.

O mencionado tributarista assevera, ainda, que, se lei ordinária, federal, estadual ou municipal pudesse regular limitação ao poder de tributar da União, dos Estados e Municípios “assistiríamos ao despautério dos entes vedados regularem as limitações postas contra eles. Seria como permitir ao condenado o poder de dosimetrar a própria pena...” (COELHO, 1998, p. 228).

Nessa ordem de raciocínio, para Sacha Calmon, é evidente que somente lei complementar poderia tornar o preceito constitucional executável. Por duas razões: a) se pudesse ser regulada por lei ordinária, ficaria à mercê da vontade dos próprios destinatários da restrição. “Seria transferir ao legislador ordinário das ordens parciais poder permanente de emenda à Constituição”; b) porque se admitiria duas fórmulas constitucionais para operar a limitação ao poder de tributar, pois haveria uma antinomia entre o art. 146, II, que prevê lei complementar para o trato da espécie, e a disciplina das entidades de assistência social, prevendo apenas leis ordinárias para a regulação de uma limitação específica ao poder de tributar.

Assim, arremata o mencionado tributarista que “Só o constituinte pode regulamentá-la por meio de lei complementar, que não é lei federal, mas nacional, de observância obrigatória pelas três ordens de Governo – União, Estado e Municípios” (COELHO, 1998, p. 230).

Dessa forma, a lei complementar exigida pela Constituição é o Código Tributário Nacional. Diploma este que é materialmente lei complementar, embora não o seja em seu aspecto formal, uma vez que, na época, não existia sob este aspecto a lei complementar no direito brasileiro (COELHO, 1998, p. 230).

Interessante evidenciar a digressão histórica das Constituições realizada por Ricardo Lobo Torres (1998, p. 204-208). Na vigência da Constituição de 1946, vedava-se a cobrança de imposto sobre bens e serviços de assistência social desde que suas rendas fossem aplicadas integralmente no país para

os respectivos fins (art. 31, VI, b). Portanto, o dispositivo constitucional encerrava três condições de legitimação da imunidade: a) requisito estático, intrínseco ou substancial: tratar da instituição de assistência social; b) requisitos dinâmico ou extrínseco: I – emprego integral das rendas para os respectivos fins; II) emprego de tais rendas integralmente no país.

Por sua vez, ao se debruçar sobre o referido preceito, a Corte Constitucional (Ag. Reg. 428.815-0) manifestou o entendimento de que as condições materiais para o gozo da imunidade são matérias reservadas à lei complementar, ao passo que os requisitos formais para a constituição e funcionamento das entidades, como necessidade de obtenção e renovação dos certificados de entidades de fins filantrópicos, são matérias que podem ser tratadas por lei ordinária. Ressalte-se que tal posicionamento já havia sido invocado no julgamento da ADIN 2.028-DF reproduzindo-se o entendimento relativamente à imunidade a impostos à luz da Constituição de 1967 com a redação da EC nº 1-69 (PAULSEN, p. 570).

Com efeito, tais manifestações do STF constituem importante definição quanto à delimitação do âmbito da matéria reservada à edição da lei complementar, bem como da lei ordinária.

Conforme o mais recente posicionamento jurisprudencial do Pretório Excelso, firmado pelo Pleno no julgamento de Medida Cautelar na ADI nº 1.802, precedente que prevê um regime híbrido de regulamentação para o § 7º do art. 195 da CF, parte por lei complementar, parte por lei ordinária.

Por oportuno, transcreve-se:

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

da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. **1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.** 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parágraf. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as rel ativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientelas restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta. (STF, ADI 1802 MC, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998). Grifou-se.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal entende que a lei ordinária pode estabelecer validamente requisitos de constituição e funcionamento para as entidades beneficentes de assistência social; ao passo que os limites da imunidade competem à lei complementar.

A EC 18/65 modificou a redação do preceito constitucional para proibir a cobrança de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços das instituições

de assistência social, observados os requisitos fixados em lei complementar. Nesse contexto, sobreveio o CTN, que, posteriormente, ganhou o status de lei complementar, disciplinando a matéria em seu art. 14.

Por sua vez, o regime constitucional de 67/69 assemelha-se ao da Constituição de 1988, uma vez que delega à “lei”, sem adjetivá-la, fixar os requisitos de legitimação da imunidade. Nesse diapasão, interessante registrar o ensinamento de Ricardo Lobo Torres:

“Se os requisitos de legitimação, que poderiam restringir o alcance da imunidade, já estavam estabelecidos no art. 14 do CTN e foram recepcionados pelo novo texto constitucional, nada mais lógico que se permitisse que outras declarações relacionadas com os aspectos intrínsecos das instituições imunes viessem por lei ordinárias.”

Portanto, conclui o referido tributarista que, na lacuna do discurso constitucional, os requisitos para a legitimação da imunidade continuavam a ser a ausência de fins lucrativos e a exigência de aplicarem integralmente, no país, os recursos de manutenção de seus objetivos institucionais conforme o mencionado preceito legal. Todavia, quanto aos requisitos que dizem respeito à definição do que seriam as entidades beneficentes estes poderiam ser declarados por lei ordinária, “posto que o direito tributário se utiliza dos conceitos e categorias elaborados pelo ordenamento jurídico privado, todo ele expresso pela legislação infraconstitucional”.

Corroborando este entendimento Marco Aurélio Greco (1998, p. 718) assevera que “a ‘lei’ a que se refere o dispositivo ou é mera lei civil que dispõe sobre a criação de pessoa jurídica ou é lei complementar federal, caso se entenda que tais ‘requisitos’ dizem respeito à qualificação como entidade imune (elemento subjetivo da limitação constitucional) ou ao alcance da imunidade (elemento objetivo da imunidade).”

Nesse sentido, no Recurso Extraordinário nº 93.770, Rel. Min. Soares Muñoz, de 17.03.1981, a Corte Constitucional entendeu que “o art. 19, III, c, da Constituição Federal não trata de isenção, mas de imunidade. A configuração desta está na Lei Maior. Os requisitos da lei ordinária, que mencionado dispositivo manda observar, não dizem respeito ao

lindes da imunidade, mas àquelas normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune.”

Diante do tratamento constitucional conferido à imunidade das entidades de assistência social, bem como, considerando que a Constituição de 1988 conservou o mesmo esquema conceitual da Constituição de 1967, verifica-se que a doutrina e os tribunais têm entendido que: a) os requisitos de legitimação da imunidade devem ser estabelecidos em lei complementar, o que, hoje, está insculpido no art. 14 do CTN; b) os requisitos concernentes à configuração das instituições imunes no plano das relações privadas devem ser regulamentados em lei ordinária.

Ante o aduzido, para dar normatividade ao preceito constitucional imunizante impõe-se a edição de lei complementar, que exige sob o ponto de vista formal rito mais dificultoso, votação da maioria absoluta do congresso nacional; sob o ponto de vista material, norma que tem o condão de operacionalizar o comando da Constituição. Decerto, tal veículo normativo, por se tratar de lei nacional, deve disciplinar a imunidade prevista no art. 195, § 7º c/c art. 146, II, da CF, o que não exclui que lei ordinária regulamente a matéria concernente à matéria referente à constituição das entidades em questão. Nesse diapasão, impõe-se a apreciação da definição das entidades beneficentes de assistência social pelas normas infraconstitucionais, bem como quanto à interpretação concedida a esse conceito pelo Supremo Tribunal Federal.

4. CONCEITO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar, na ADI 2.028⁶, independentemente de se tratar de lei ordinária ou complementar, que irá regulamentar a imunidade subjetiva prevista no art. 195, § 7º, da CF/88, é certo que nenhum dos veículos legislativos poderá alterar os conceitos utilizados no referido preceito constitucional.

Assim, não poderia o legislador infraconstitucional alargar ou restringir o alcance da imunidade que fixa os limites para a competência do ente político ao instituir as contribuições para a seguridade social. Nesse

⁶ ADI 2028 MC, Rel: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1999, DJ 16-06-2000

diapásão, deve ser aplicado o art. 110 do CTN que estabelece expressamente que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo ou o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal (...) para definir ou limitar competências tributárias”.

Dessa forma, em sede de liminar, concluiu a Corte Constitucional que, seja qual for o veículo legislativo, o legislador não poderia restringir o alcance da imunidade às entidades filantrópicas que prestem assistência com exclusividade e sem outras receitas que não doações. Isso, tendo em vista que aquele preceito constitucional confere imunidade a entidades beneficentes de assistência social, conceito mais amplo que não alcança somente os entes que prestam serviços gratuitamente.

Na medida cautelar, na ADI 2.028, a Corte Constitucional reserva-se para apreciar a constitucionalidade formal da norma no julgamento do mérito do pedido. Assim, em sede de liminar, apreciou apenas a compatibilidade material entre o conceito previsto no art. 195, §7º, da CF/88 com a exigência de exclusiva gratuidade prevista no art. 55 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98.

Na referida medida cautelar, o plenário do STF, ao determinar a suspensão da eficácia de dispositivos da Lei nº 9.732/98, entendeu que: a) o conceito de assistência é mais amplo do que está previsto no art. 203 da CF, abrangendo áreas de educação e saúde, uma vez que a lei impugnada tentava excluir; b) considerou-se que para se considerar como entidade beneficente é necessário que “assegure os meios de vida aos carentes”, ou seja “dê apoio, no sentido de assegurar os meios de vida a quem necessite, na medida dos recursos disponíveis”. Dessa forma, o plenário da corte constitucional sinalizou que a assistência social abarca saúde e educação, ademais não se exige filantropia.

Observe-se que, no voto do relator Min. Moreira Alves, quanto ao espectro do conceito, assevera-se que “do exame sistemático da Constituição, verifica-se que a Seção relativa à Assistência Social não é exauriente do que se deve entender como Assistência Social”. Explica que duas razões levam a essa conclusão: a) tal seção não se refere a carentes, em geral, mas apenas a família, crianças e adolescentes, velhos e portadores de deficiência; b) ademais, reza o art. 203 que a assistência se realizará independentemente de contribuição à seguridade social, a indicar que seria gratuita, o que,

segundo o relator, apenas seria compatível diante do art. 149 que permite que os Estados, Distrito Federal e Município instituíam contribuições de seus servidores para o custeio, em benefício deles, de sistema de previdência e assistência social.

Assim, arremata o relator que “para a Constituição, o conceito de assistência social é mais amplo não só do doutrinário, mas também do adotado pelo artigo 203 que disciplina específica prevista nele e no disposto que se lhe assegure.”

A Corte Constitucional, tendo em vista a teleologia da norma constitucional e dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, entendeu que:

o conceito de entidade beneficente de assistência social só pode ser entendido como abrangente de todas as entidades sem fins lucrativos que, embora exercendo suas atividades mediante remuneração aos que possam por elas pagar, atendam às necessidades básicas do ser humano, prestando serviços gratuitos aos carentes que deles necessitem, na medida dos recursos disponíveis. (MARTINS e SOUSA, 2008, p. 129).

Oportuno, ainda, trazer à baila trecho do voto do Min. Marco Aurélio, no referida medida cautelar, no qual asseverou ao tratar do §7º, do art. 195, da CF:

no preceito cuida-se de entidades beneficentes de assistência social, não estando restrito, portanto, às entidades filantrópicas. Indispensável, é certo, que se tenha o desenvolvimento da atividade voltada para os hipossuficientes, àqueles que, sem prejuízo do próprio sustento e o da família, não possam dirigir-se aos particulares que atuam no ramo buscando lucro, dificultada que está, pela insuficiência de estrutura, a prestação de serviço pelo Estado.

Assim, as entidades beneficentes de assistência social não se restringiriam às instituições filantrópicas. Decerto, tal imposição tornaria inviável a existência de tais entes cuja subsistência ficaria condicionada à doação por particulares, o que não parece ser a finalidade da Carta Magna.

Interessante estudo sobre o tema foi desenvolvido pela professora Maria Ednalva de Lima (2011, p. 39), em artigo “os dois problemas da imunidade das contribuições sociais securitárias”. Ela enfrenta questão abordada por poucos, qual seja, a natureza das entidades beneficentes de assistência social.

Diante de uma interpretação sistemática da Constituição, notadamente, dos arts. 199, 170, 195 e 203, observa-se que a Carta Magna revela a existência de três espécies de pessoas jurídicas de direito privado: a) entidades filantrópicas; b) entidades sem fins lucrativos *stricto sensu*; c) entidades com fins lucrativos.

Então, quanto à finalidade do lucro, as pessoas distribuem-se em duas classes, quais sejam, a) pessoas jurídicas sem fins lucrativos; b) pessoas jurídicas com fins lucrativos. Nessa ordem de raciocínio, as entidades filantrópicas, por não visarem lucro, pertencem ao gênero das pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

Assim, a classe das pessoas sem fins lucrativos abarca as entidades filantrópicas e não filantrópicas, ambas constituídas sob a forma de associação. Observe-se que tal distinção decorre da redação do § 1º do art. 199, que expressamente refere-se às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos. Com efeito, se não houvesse diferença entre os referidos entes, não faria sentido o constituinte separar o conceito de cada uma dessas pessoas.

O traço de semelhança das entidades filantrópicas e daquelas sem fins lucrativos consiste em desenvolverem atividade em favor de outrem, sem objetivar o lucro de seus fundadores, dirigentes e associados. Por sua vez, a distinção entre ambas decorre da ausência de remuneração pelos beneficiários da atividade desempenhada pelas primeiras.

Portanto, o elemento essencial de distinção é a remuneração que cobram pelos serviços prestados. O regime jurídico é mesmo, uma vez que constituídas sob a forma de associação, mas diferenciam-se pelo atributivo constitutivo de seu objetivo social, receber ou não a remuneração. Assim, na ordem jurídica brasileira, existem pessoas jurídicas, constituídas sob a forma de associação, que recebem o atributo de filantropia e pessoas jurídicas constituídas sob a mesma forma que recebem o atributo de não filantrópicas.

Diante disso, impõe-se verificar a razão para tanto as entidades filantrópicas, quanto às não filantrópicas, terem sido abarcadas pelo § 7º do art. 195 da CF.

A questão é o que se entende por prestar assistência. “Prestar corresponde a dispensar, a dar, a fornecer, a dedicar. Assistir significa auxiliar, socorrer, ajudar, proteger, amparar, favorecer”. (LIMA, 2011, p. 45). Assim, com base no princípio da solidariedade, a assistência social significa dispensar ajuda a quem necessita.

Segundo a mencionada decisão do STF, os necessitados não se restringem, aos citados no art. 203 da CF, conforme o voto do Min. Marco Aurélio são “os hipossuficientes, àqueles que, sem prejuízo do próprio sustento e da família, não possam dirigir-se aos particulares que atuam no ramo buscando lucro” (ADI 2028). Assim, a assistência social deve ser prestada às pessoas carentes.

Portanto, aquele que irá dispensar a ajuda deve possuir os recursos necessários para tal fim. Nesse contexto, lança-se a seguinte indagação “de quais recursos uma pessoa precisa para ajudar outra?” Precisa dos recursos humanos, materiais e monetários. Assim, para adquirir os recursos materiais e humanos, quando não sejam obtidos pela doação, ela precisa dos recursos monetários para a consecução dos demais (LIMA, 2011, p.43).

Observe-se que compete assegurar a assistência social tanto aos poderes públicos, quanto à sociedade nos termos do art. 194 da CF. Em relação ao Poder Público, é certo que a assistência social poderá ser prestada independentemente de contribuição, isso tendo em vista que ao Estado são vertidas as contribuições referidas no art. 195 c/c art. 204 da CF.

Por sua vez, a garantia ao direito à assistência social quando desempenhada pela sociedade deve submeter-se a regime diverso, uma vez que não é titular de tributo destinado a tal atividade como ocorre em relação ao Poder Público.

As ações de iniciativa da sociedade e os programas relativos à seguridade social não dispõem de orçamento público. Assim, só existem três meios à disposição das pessoas jurídicas de direito privado para angariar os recursos monetários necessários à execução dessas atividades: a) receber doações; b) receber recursos públicos para auxílio ou subvenções; c) cobrar pela prestação dos serviços que desempenham.

Para alcançar a independência financeira e conseguir, com autonomia, desenvolver sua tarefa de ajudar a quem necessita o meio viável é exigir remuneração. Isso, tendo em vista que as doações são escassas e, por seu turno, a destinação de recursos públicos constitui apenas um auxílio, um socorro.

Decerto, a entidade beneficente de assistência social para poder ostentar esse atributo deverá destinar sua receita ao custeio das despesas com a aquisição de materiais e instalações, com a contratação de pessoal, com a manutenção de suas instalações. Apenas não poderá distribuir eventual resultado positivo, entre seu fundadores, dirigentes e associados, pois, se o fizer, estará configurada a finalidade lucrativa.

Nesse toar, reza o art. 3º da Lei nº 8.742/93 (Lei de Organização da Assistência Social), que “Consideram-se entidades e organizações de assistência social aquelas sem fins lucrativos que, isolada ou cumulativamente, prestam atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta Lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de direitos” (com a redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

A referida lei prevê que uma pessoa jurídica para receber o atributo de assistência social deve desenvolver atividade em favor de outrem, e não de seus fundadores, dirigentes e associados sem o intuito de obter vantagem econômica. Isso se compatibiliza com o art. 14 do CTN, o qual exige que o ente deverá provar a não distribuição de patrimônio e renda a qualquer título e aplicação de suas receitas integralmente na satisfação de seus objetivos.

5. ARCABOUÇO NORMATIVO QUE DISCIPLINA A IMUNIDADE DO ART. 195, §7º, DA CF

Conforme exposto, o STF sinaliza quanto à imunidade contida no § 7º do art. 195, que deverá ser regulamentado por lei complementar à luz do art.146, II, da CF. Assim, reserva-se à lei ordinária apenas a matéria afeta à constituição dos entes que visam prestar a assistência social.

Nesse diapasão, interessante realizar uma breve análise sobre o arcabouço legislativo que lastreia o mencionado preceito constitucional. Não existe lei complementar que cuide especificamente das condições materiais para o

gozo da imunidade das contribuições para a seguridade social nos termos do art. 195, §7º, da CF. Defende-se a aplicação analógica do art. 14 do CTN. Este dispositivo faz menção ao art. 9º da Carta Magna de 1964, que também conferia à lei a regulamentação da imunidade hoje mencionada no art. 150, VI, c da Carta Magna.

Aduz Vinícius T. Campanile (1998, p. 479) que a aplicabilidade dos requisitos do CTN refere-se tanto às imunidades concernentes a imposto, quanto às contribuições sociais. Explica que os dispositivos do CTN (art. 9º e 14) não disciplinam somente o art. 150 da Constituição, estendendo seus efeitos para o § 7º do art. 195, na medida em que não há, além do CTN, outra lei complementar conformando o mencionado dispositivo constitucional. “Entendimento diverso garantiria eficácia plena ao § 7º do art. 195, ainda que sua natureza seja de norma constitucional de eficácia contida, pois a mesma operaria plenos efeitos até o advento de dispositivo restritivo sobre a matéria.”

Ressaltou José Eduardo Soares de Melo (1998, p.370) que: “a proibição de finalidade lucrativa deve ser compreendida no sentido de que os objetivos institucionais não perseguem o lucro – implicador de caráter comercial – que, naturalmente, pudesse acarretar o posterior repasse ou distribuição aos seus sócios.” Realmente, assiste razão ao referido tributarista quando afirma que as entidades de beneficência colimam sempre um resultado positivo de suas atividades para poderem, então, aprimorar e incrementar seus serviços. Dessa forma, a norma não combate a existência de lucro, que poderá ser investido no próprio ente.

Portanto, segundo Sacha Calmon (1998, p. 231) quatro são os requisitos previstos pelo legislador complementar para o gozo da referida imunidade, e somente quatro, a saber: a) escrituração regular; b) não distribuição de lucros; c) proibição de remetê-los ao exterior, devendo ser aplicados na manutenção dos objetivos institucionais; d) cumprimento das “obrigações acessórias”.

Nesse toar, Marilene Talarico Martins Rodrigues (1998, p. 513) preconiza que tais requisitos, e só eles, é que estabelecem as notas características das instituições que a Carta Magna deseja ver livres da tributação. Assim, os entes tributantes não poderiam acrescentar quaisquer outros requisitos com o intuito de restringir o alcance da norma imunizante de forma a desvirtuar o benefício previsto na Constituição.

Exatamente, para evitar interpretações pessoais e subjetivas, é que os requisitos devem ser estabelecidos pelos critérios legais, conformedo em lei complementar, vale dizer, o CTN (art. 14) que regula as limitações ao poder de tributar. Caso contrário, o legislador ordinário federal, estadual ou municipal, na esteira de sua visão subjetiva, poderia criar e exigir requisitos vários, criando obstáculos ao reconhecimento da desoneração, dificultado e até mesmo desvirtuando o benefício a que faz menção a lei suprema.

Com efeito, acrescenta Vinícius T. Campanile (1998, p. 479) que não pode lei ordinária, regulamentos ou qualquer outra espécie normativa não complementar, legal ou infralegal, da União, Estados, Distrito Federal ou Município, criar requisitos adicionais impertinentes, por exemplo, declaração legal de utilidade pública, gratuidade dos serviços prestados pelos seus diretores e administradores; exigência de certidões semelhantes de órgãos distintos; disponibilidade e gratuidade geral dos serviços prestados para toda a sociedade.

Ressalta, ainda, que tais normas não poderiam tumultuar a comprovação daqueles previstos no CTN, dificultando ou retardando o pleno exercício da imunidade tributária que não pode depender de ato administrativo constitutivo, “mas, quando muito, de mera declaração administrativa, sem margem de discricionariedade, plenamente vinculada às normas do CTN, promanando sempre efeitos *ex tunc*.” (CAMPANILE, 1998, p. 479).

Malgrado a opinião dos referidos juristas quanto à impossibilidade de outros veículos normativos, que não seja a lei complementar, regulamentar a imunidade em questão, verifica-se que o arcabouço legislativo brasileiro contempla tanto leis ordinárias disciplinando tal matéria, quanto a existência de ato emanado do Poder Executivo consagrando a limitação ao poder de tributar.

Disciplinava a referida imunidade o art. 55 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98, objeto da ADI 2028. Por sua vez, a Lei nº 12.101/09, regulamentada pelo o decreto nº 7.237/2010, revogou o referido dispositivo e dispõe sobre o processo de certificação das entidades beneficentes de assistência social para obtenção da “isenção” das contribuições para a seguridade social.

Interessa, ainda, ao tema em questão a Lei nº 8.742/93, por tratar sobre a organização da assistência social e explicitar o conceito das entidades beneficentes de assistência social previsto na Carta Magna. Ressalto que

este diploma legal teve grande parte de seus preceitos modificados pela Lei nº 12.435/2011.

Apesar de as leis revogadoras tentarem corrigir os erros praticados anteriormente, repetem a mesma situação de abuso e desrespeito aos interesses da sociedade, pois incorrem nos mesmos vícios de que se ressentem a legislação ordinária outrora em vigor (MARTINS; SOUSA, p. 138).

No tocante à conformidade material da recente Lei nº 12.101/09 com a Constituição, aparentemente não houve restrição ao conceito previsto no §7º do art. 195 da CF. O conceito de entidade beneficente de assistência social deixou de contemplar apenas as entidades filantrópicas. Passou a abranger os entes que prestam parte de seus serviços gratuitamente às pessoas carentes (arts. 4º, 8º e 18 da Lei nº 12.101/09), diversamente do previsto na lei revogada, que exigia exclusiva gratuidade (art. 55 da Lei nº 8.212/91).

Portanto, embora a legislação em vigor não padeça de vício material, está maculada pelo mesmo vício formal que invalidou os diplomas anteriores, ora revogados. Mais uma vez, equivocadamente, optou-se pela lei ordinária para regulamentar a matéria em flagrante violação à norma inculpada no art. 146, III, da CF, que preceitua que somente lei complementar pode disciplinar limitação ao poder de tributar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imunidade tributária relativa a entidades de assistência social objetiva atrair o cidadão a suprir as deficiências do Estado. Assim, o §7º do art. 195 da Carta Magna tem por finalidade estimular a participação da sociedade no desempenho de atividades essenciais que seriam obrigação do Poder Público fazer, mas que esse, lamentavelmente, não o faz a contento.

O constituinte originário claramente equivocou-se ao cunhar a expressão “isenção”. A desoneração, em sede constitucional, configura hipótese de limitação ao poder de tributar, tratando-se, portanto, de imunidade. Nessa ordem de raciocínio, à luz do art. 146, II, da CF, compete à lei complementar disciplinar os requisitos para a legitimação da imunidade inculpada no §7º do art. 195 da CF, o que, hoje, está previsto no art. 14 do CTN; e, por sua vez, à lei ordinária regulamentar os requisitos concernentes à configuração das instituições imunes no plano das relações privadas.

A legislação em vigor, a Lei nº 12.101/09, padece do mesmo vício formal que maculou os diplomas anteriores, expressamente revogados. Mais uma

vez, equivocadamente, optou-se pela lei ordinária para disciplinar mataria afeta à imunidade das entidades de assistência social.

No tocante à conformidade material das normas que pretendem regulamentar tal imunidade, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Medida Cautelar, na ADI 2.028, independentemente de se tratar de lei ordinária ou complementar que irá regulamentar a imunidade subjetiva prevista no art. 195, § 7º, da CF/88, é certo que nenhum dos veículos legislativos poderá alterar os conceitos utilizados no preceito constitucional.

Na referida Medida Cautelar, o plenário do STF entendeu que: a) que o conceito de assistência é mais amplo do que está previsto no art. 203 da CF, abrangendo áreas de educação e saúde, uma vez que a lei impugnada tentava excluir; b) para caracterizar-se como entidade beneficente, é necessário que se “assegure os meios de vida aos carentes”, ou seja, “dê apoio, no sentido de assegurar os meios de vida a quem necessite, na medida dos recursos disponíveis”. Dessa forma, o Plenário da Corte Constitucional sinalizou que a assistência social abarca saúde e educação, ademais não se exige filantropia.

As ações de iniciativa da sociedade e os programas relativos à seguridade social não dispõem de orçamento público. Assim, só existem três meios à disposição das pessoas jurídicas de direito privado para angariar os recursos monetários necessários à execução dessas atividades: a) receber doações; b) receber recursos públicos para auxílio ou subvenções; c) cobrar pela prestação dos serviços que desempenham.

Para alcançar a independência financeira e conseguir, com autonomia, desenvolver sua tarefa de ajudar a quem necessita o meio viável é exigir remuneração. Isso, tendo em vista que as doações são escassas e a destinação de recursos públicos é apenas um auxílio.

Nesse diapasão, as entidades beneficentes de assistência social não se restringem às entidades filantrópicas. Decerto, tal exigência tornaria inviável a existência de tais entes cuja subsistência ficaria condicionada exclusivamente à doação por particulares, o que não parece ser a finalidade da Carta Magna. Isso, tendo em vista que aquele preceito constitucional confere imunidade a entidades beneficentes de assistência social, conceito mais amplo que não alcança somente os entes que prestam serviços gratuitamente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis. Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de extensão Universitária, 1998, p. 268-315.

AKSELRAD, Moisés. Limitações constitucionais ao poder de tributar. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de extensão Universitária, 1998, p. 403-431.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, v.6, t.I.

CAMPANILE, Vinícius Tadeu. Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de extensão Universitária, 1998, p. 468-486.

CARVALHO, Frederico Seabra de. Imunidade Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 79, p. 24-34, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. Imunidade Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de extensão Universitária, 1998, p. 710-721.

LIMA, Maria Ednivalva de. Os dois problemas da imunidade das Contribuições Sociais Securitárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 191, p. 39-50, ago. 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Entidades de assistência social, sem fins lucrativos e a imunidade tributária

das contribuições sociais à luz da Constituição Federal (§7º, art. 195): necessidade de lei complementar para disciplinar a matéria (art. 146, II) e a inconstitucionalidade do Projeto de Lei PL nº 3.021: opinião legal. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 7, n. 39, maio/jun. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Opinião legal - A imunidade tributária das entidades de assistência social e a exegese do § 4º do art. 150 da CF/88. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 83, p.171-177, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades Tributárias. In: _____. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de extensão Universitária, 1998, p. 31-51.

MELLO, Celso André Ribas de. A imunidade e a espécie legislativa contida no art. 150, VI, c da Constituição - Lei Complementar ou Lei Ordinária? **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 79, p. 24-34, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de extensão Universitária, 1998, p. 105-142.

PAUSEN, Leandro. **Direito Tributário, Constituição Federal e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e jurisprudência**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁ, Rodrigo Cesar Caldas de. Considerações a respeito da Lei nº 9.732/98 e a imunidade tributária das entidades filantrópicas e de assistência social, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 47, p. 111-121, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

À SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO PARA A BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim

Juiz de Direito, titular da 2ª Vara Criminal de Caruaru-PE.
Professor de processo penal (pós-graduação) na ASCES e professor convidado
da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).
Doutorando em Direito Penal (UBA).
Especialista em Ciências Criminais (ASCES). Integrante do Movimento Luta
Pela Justiça (www.lutapelajustica.com.br).

RESUMO: O trabalho reforça o entendimento de que a solidariedade social é fundamento principal para que o Estado promova a igualdade material (não-formal) entre os homens. Optou-se por uma análise pontual e interdisciplinar acerca do conceito da solidariedade, identificando-a em vários campos do conhecimento humano, tais como o antropológico, o sociológico, o político-institucional e se fez uma breve casuística de sua influência no direito positivo.

A conclusão foi no sentido de que a solidariedade não é um novo paradigma social ou jurídico, mas sim, constitui-se em objetivo que tem por esteio um paradigma clássico, e bastante amplo, que é a solidariedade social, sendo esta que irradia seus efeitos por vários campos do conhecimento humano.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.1 Conceito de solidariedade. 2.2 Âmbito antropológico (Relações com Alteridade). 2.3 Âmbito sociológico. 2.4 Âmbitos Político-Estatal e Constitucional. 2.5 Casuística de suas implicações positivas no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Solidariedade como fundamento para a busca da Igualdade Material nas relações humanas (direito à igualdade e direito à diferença). 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é reforçar o entendimento de que a solidariedade social é fundamento principal para que o Estado promova a igualdade material (não-formal) entre os homens, fomentando tal objetivo não apenas com políticas econômicas e sociais, mas também mediante o incremento do arcabouço jurídico e com criação ou manutenção de instituições que dêem o respaldo concreto necessário à equalização desejada, além de questionar se o direito à igualdade é um novo paradigma antropológico.

A fim de não se prender estritamente ao dogmatismo jurídico, far-se-á uma análise pontual e interdisciplinar acerca do conceito da solidariedade, de forma que se buscará demonstrar que tal conceito chega a se conformar como inerente à condição humana e, por isso mesmo, supraestatal, que se impõe até mesmo ao constituinte originário.

2.1. CONCEITO DE SOLIDARIEDADE

A começar pelo sentido etimológico do termo solidariedade, pode-se inferir que o significado a ele atrelado gira em torno da idéia de compromisso comum, interesse mútuo, interdependência, reciprocidade, comunhão de atitudes, enfim, denota laço afetivo entre seres vivos.

Ser solidário socialmente significa, mais especificamente, ter compaixão pelo outro em situação relacionada à sua vida material, ou seja, a solidariedade social diz mais que a simples solidariedade, eis que esta se pode dar em termos estritamente particulares e individuais (por exemplo, ser solidário com alguém que perdeu um ente querido), enquanto aquela ocorre no nível de relações de caráter quase sempre público, embora nem sempre explícito.

2.2 ÂMBITO ANTROPOLÓGICO (RELAÇÕES COM ALTERIDADE)

Pode-se muito bem identificar incidência da solidariedade entre primatas, mesmo a de qualidade social, a revelar que esse sentimento de cuidado recíproco está enraizado na própria essência biológica do homem.

Certamente, sem perder de vista a assertiva sartriana de que a existência precede a essência, é facilmente comprovável que certos comportamentos humanos são herdados diretamente do impacto evolutivo da seleção natural.

Como há muito se sabe, determinados comportamentos são mais importantes que outros na luta evolutiva das espécies. Tais comportamentos, mediante o processo darwinista, são valorizados ao ponto de se tornarem padrões de comportamento ou estruturas sociais e quem os incorporam passa a dispor de maior viabilidade na preservação de seus genes.

Logicamente, não se defende o darwinismo social, no sentido de que os mais fortes devam sempre prevalecer, até mesmo em razão de que a definição de fracos ou fortes, na sociedade humana, passa por enormes camadas de politização partidária, manipulações ideológicas e desprezo ao interesse alheio, além da óbvia constatação de que a civilização moderna se erigiu justamente na (e para a) defesa dos interesses das minorias mais desamparadas socialmente.

Dentro dessa perspectiva, veja-se o que diz Desmond Morris¹:

“Comparados com os cascos e as patas dos outros mamíferos, as mãos dos primatas são instrumentos de limpeza de grande precisão. Mesmo assim, sempre é melhor ter duas mãos do que uma só, o que por vezes causa problemas. O macaco ou símio pode utilizar ambas as mãos para catar as pernas, os flancos ou o peito, mas não atinge eficientemente as costas nem os braços. Além disso, como não dispõe de espelho, não pode ver bem o que faz quando cata a cabeça. Neste último caso, apesar de poder empregar as duas mãos, tem de trabalhar às cegas. Por isso mesmo, a cabeça, as costas e os braços ficariam menos bem catados do que o peito, os lados e as pernas – a não ser que recorra a qualquer manobra especial.

A solução para isso é o catar social, a instituição de um sistema amigável de socorros mútuos.”

¹ MORRIS, Desmond. **O Macaco Nu**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004, p. 214-215.

Vê-se, pois, que o atributo da solidariedade social não é exclusivo dos seres humanos, mas comum, pelo menos, aos primatas.

Também é notório que a solidariedade social se desenvolveu bastante em função da fraqueza das armas naturais que dispõem os humanos. Em determinado período histórico, no qual um único ser humano não passava de uma presa de fácil abate, a agregação social e a mútua ajuda muito importaram na preservação da espécie.

Ainda dentro desse espectro, vale a pena mencionar Frans Waal²:

“O fosso de dois metros de profundidade defronte à antiga jaula dos bonobos no Zoológico de San Diego fora esvaziado para limpeza. Depois de lavarem o fosso e soltarem os bonobos, os tratadores foram abrir a válvula para tornar a enchê-lo de água. De repente, Kakowet, um macho idoso, apareceu na janela gritando e agitando freneticamente os braços para chamar a atenção. Depois de tantos anos, ele conhecia bem a rotina da limpeza. Acontece que vários bonobos jovens haviam entrado no fosso seco e não conseguiam sair. Os tratadores puseram uma escada e todos os bonobos saíram, exceto o menor, que foi puxado para fora pelo próprio Kakowet. (...) As duas observações nos dizem algo sobre a adoção da perspectiva de outros. Kakowet pareceu perceber que encher o fosso enquanto os jovens ainda estavam lá dentro era má idéia, muito embora isso não o afetasse pessoalmente.”

Aqui se pode relacionar o impulso da solidariedade social com a alteridade. A adoção da perspectiva do outro é fundamental para a vida de relação. No plano individual, aprofunda-se o traço cordial e de compaixão quando se tem em mente a distinção, a noção de que o outro contrasta conosco, mas que nos é semelhante. Em resumo, vivenciar a alteridade é entender que somos o outro para o outro e que os outros são nosso “inferno”, mas também nosso “céu”, numa linguagem já muito popular.

² WAAL, Frans. **Eu, primata: por que somos como somos**. 1ª edição. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2007, p. 225-226.

A alteridade é importante também como fundamento na construção retórica de vários institutos jurídicos, tanto do Direito estatal como em regulamentos sociais supraestatais. Nesse passo, Antônio Carlos Wolkmer³ leciona:

“Além de compartilhar com certos valores racionais universalizantes, como vida, liberdade, bem-comum e justiça, a ‘ética da alteridade’, por ser parte de uma pluralidade de formas de vida, traduz a singularidade de certos valores específicos (simbolizadores de uma dialética do particular/universal, da universidade/pluralidade etc.), representados basicamente por emancipação, autonomia individual e coletiva, solidariedade, justiça e a satisfação das necessidades humanas. A ‘ética da alteridade’, sem deixar de contemplar princípios racionais universalizantes comuns a toda humanidade, prioriza as práticas culturais de uma dada historicidade particular, material e não-formal.

A ‘ética da alteridade’ é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos. Por ser uma ética que traduz os valores emancipatórios de novas identidades coletivas que vão afirmando e refletindo uma práxis concreta comprometida com a dignidade do ‘outro’, encontra seus subsídios teóricos não só nas práticas sociais cotidianas e nas necessidades históricas reais, mas igualmente em alguns pressupostos epistemológicos da chamada Filosofia da Libertação.”

2.3 ÂMBITO SÓCIOLOGICO

Falemos um pouco acerca da solidariedade social sob o ponto de vista sociológico. Sabe-se bem que as macroestruturas sociais, como padrões de

³ WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 269-270.

comportamento reiterados que se põem acima dos praticados apenas na intimidade, são determinantes genéricos para o próprio proceder individual.

Pois bem, a solidariedade social pode ser vista como macroestrutura que tem interferência direta em diversos aspectos sociais, por exemplo, no grau de violência urbana e mesmo na felicidade individual, na satisfação de cada pessoa com sua própria vida.

Um dos iniciadores do pensamento sociológico, Émile Durkheim, já identificava a solidariedade social como macroestrutura que interfere diretamente na taxa de suicídio de cada sociedade, ou seja, que afeta diretamente os indivíduos nas percepções de satisfação de suas vidas. Veja-se:

“Assim, as taxas de suicídio e de desordem psicológica não aumentavam e diminuíaam juntas. O que, então, explicaria a variação nas taxas de suicídio? Durkheim argumentou que as taxas de suicídio variam devido às diferenças no grau de solidariedade social nos diferentes grupos. De acordo com ele, quanto maior o grau de compartilhamento de crenças e valores entre membros de um grupo, e quanto mais freqüente e intensamente eles agirem, maior o grau de solidariedade social desse grupo. Além disso, quanto maior o grau de solidariedade social, mais firmemente ancorados no mundo social estão os indivíduos e menos probabilidade haverá de cometerem suicídio se alguma adversidade se abater sobre eles. (...)

Observe que essa generalização não nos diz nada sobre o porquê de um indivíduo particular dar fim à própria vida: essa é uma questão para a psicologia. No entanto, ela evidencia que a propensão de uma pessoa para o suicídio diminui conforme o grau em que está ancorada à sociedade.”⁴

Logicamente, pode-se se fazer um paralelo e, com boa margem de segurança, afirmar que a solidariedade social está diretamente ligada à busca pela igualdade material.

⁴ BRYM, Robert J. *et al.* **Sociologia: sua bússola para um Novo Mundo**. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2008, p. 05-06.

Noutras palavras, a igualdade material entre os homens de dada sociedade, querendo-se fincá-la como macroestrutura social, depende fundamentalmente da agregação social solidária entre os indivíduos, no sentido de que quanto maior a solidariedade social, maior a percepção da necessidade de equalização das condições materiais de vida de todos os homens.

2.4. ÂMBITOS POLÍTICO-ESTATAL E CONSTITUCIONAL

No entanto, não é apenas no âmbito extrajurídico que a solidariedade social deita raízes. Muito pelo contrário, a solidariedade social figura mesmo, como dito acima, como princípio supraestatal, sendo de observância obrigatória já pelo constituinte originário e, com mais razão, pelo constituinte derivado e pelo legislador comum, além de atingir, de forma vinculante, outras funções estatais incumbidas de aplicar a lei (Executivo e Judiciário).

Por tudo que se disse acima, também se pode relacionar a solidariedade social ao elemento finalístico presente na própria conformação do Estado, que é promover o interesse público, este em vivência de sinonímia com o interesse social, no sentido de mútua satisfação de todos os cidadãos. Dito de outra forma, a solidariedade social é também objetivo do Estado, sendo que este tem como principal instrumento à sua promoção o arcabouço jurídico, que lhe serve de impulso e limite na intervenção direta no seio social e no fomento da atividade privada.

Não é por outro motivo que Afrânio Silva Jardim⁵ leciona:

“Acima dos chamados fins particulares e fins universais do Estado, colocamos a realização do bem comum como escopo primordial dessa instituição. Sem esta configuração teleológica, o Estado não se justifica e passa a ser uma consequência da divisão da sociedade em classes, destinando-se a subjugar as classes inferiores.”

⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 2.

No mesmo sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 3º, inciso I, impõe ao Estado, como um de seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

E não é somente em seus objetivos fundamentais que a CRFB de 1988 tem como vetor referencial a solidariedade social, mas em inúmeros outros dispositivos, como na estipulação de direitos coletivos, sociais, na instituição da Previdência e Assistência Sociais, proteção do meio ambiente, etc. Analisemos, em breve casuísta, algumas disposições legais que têm por fundamento a solidariedade social.

2.5 CASUÍSTA DE SUAS IMPLICAÇÕES POSITIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O legislador ordinário, em obediência estrita ao objetivo republicano fundamental de construção de uma sociedade solidária, estimulou a solidariedade social em diversos âmbitos normativos.

É certo que seria tarefa descomunal tentar identificar todos os dispositivos legais relacionados ao princípio da solidariedade social. O que se fará aqui é apenas uma demonstração casuística, que intenciona demonstrar a importância desse princípio solidário no ordenamento jurídico.

No direito tributário, temos a solidariedade social como claro fundamento do direito do Estado de arrecadar compulsoriamente os rendimentos necessários à consecução de seu fim precípua, que, como visto acima, é promover o bem comum. Evidentemente que não se confunde o compromisso de solidariedade social com o dever jurídico de pagar tributos, porém, não há como negar que a tributação está relacionada à viabilidade de construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Já no direito ambiental, temos como certa a influência da solidariedade social, na medida em que a preservação ambiental é dever de todos para benefício comum. Nesse passo, também a alteridade social se faz presente no direito ambiental, já que o benefício de ter um meio ambiente equilibrado diz respeito não apenas a si mesmo mas ao outro, configurada no objetivo de preservação para as futuras gerações.

Na esfera da seguridade social, temos disposição constitucional que assegura a assistência social até mesmo a quem não contribui para o sistema

(art. 203, da CRFB), numa nítida demonstração de que o fundamento subjacente é a solidariedade social.

No direito previdenciário, acerca da solidariedade social, lecionam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁶:

“Poder-se-ia sustentar que caberia ao trabalhador se proteger de infortúnios, seja pela assistência de seus familiares e amigos, seja por meio da realização de poupança, prevenindo-se contra um futuro no qual não possa mais ser considerado como economicamente ativo. Ocorre, todavia, que a dependência da caridade alheia importa considerar-se como certo o fato de que sempre há alguém capaz de dar assistência ao inválido, quando tal noção não pode ser tida como minimamente razoável, mesmo nas sociedades nas quais a miséria atinge níveis ínfimos. Já a tese que propõe se transferir ao trabalhador a responsabilidade por sua subsistência futura, quando venha a deixar de ser capaz para o trabalho, esbarra em situações como a daquele que, ainda no início de sua idade produtiva, venha a sofrer um acidente, tornando-se doravante incapaz para o trabalho. Logo, por mais precavido que possa ser o indivíduo, estará ele sempre sujeito à hipótese de múltiplos infortúnios durante toda sua vida profissional, e não somente com o advento de sua velhice.”

Por fim, diga-se que a solidariedade social é valor axiológico tão relevante socialmente que também é protegido no âmbito penal. O tipo penal do art. 135, do Código Penal Brasileiro, claramente promove a solidariedade social, na medida em que criminaliza a conduta omissiva de deixar de fazer o que norma determina: deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Outro exemplo é a causa de aumento de pena para omissão de socorro em homicídio culposo no trânsito de veículos automotores, conforme art. 302, parágrafo único,

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 41.

inciso III, do Código de Trânsito Brasileiro.

Nada mais condizente com a promoção da solidariedade. Inclusive, Ney Moura Teles⁷ escreve:

“A solidariedade que deve existir entre todos os homens e mulheres é o bem jurídico tutelado. Todos têm o dever de prestar auxílio a seus semelhantes que estiverem em situações de perigo para sua vida e saúde.

É, não só moral, mas um dever jurídico, decorrente dessa norma penal incriminadora, que manda qualquer pessoa atuar positivamente no sentido de contribuir para evitar a situação de perigo em que se acha o outro.”

3. SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO PARA A BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL NAS RELAÇÕES HUMANAS (DIREITO À IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA).

Por tudo que já se disse, pode-se concluir que o sentimento de solidariedade social se prende à percepção de que o outro deve ter condições dignas de vida e em patamar, pelo menos, de igualdade a quem sente ou percebe.

Nesse passo, a busca pela equalização das condições de vida entre todas as pessoas deriva, sob certo aspecto, desse sentir solidário e, portanto, serve-lhe como fundamento.

Ser igual socialmente, no entanto, não significa a abdicação do direito à diferença entre os indivíduos. Na verdade, podemos dizer que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é uma fórmula correta, embora já muito desgastada⁸. Serve, todavia, como indicativo de que as diferenças materiais devem ser levadas em conta por quem busca equalização.

Equalização não significa planificação comportamental ou ideológica. A manutenção do direito à diferença, no plano individual, é, aliás, esteio

⁷ TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 242.

⁸ Como o reconhece Celso Antônio Bandeira de Mello, recomendando-se a leitura integral do seguinte trabalho deste autor: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.** 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 10-11.

da própria dinâmica da vida de relação. Citamos aqui as palavras de Boaventura de Sousa Santos:

“Perante isto, há que se buscar uma nova articulação entre políticas de igualdade e políticas de identidade. Antes de mais, há que se reconhecer que nem toda a diferença é inferiorizadora. E, por isso, a política de igualdade não tem de se reduzir a uma norma identitária única. Pelo contrário, sempre que estamos perante diferenças não inferiorizadoras, a política de igualdade que as desconhece ou descaracteriza, converte-se contraditoriamente numa política de desigualdade. Uma política de igualdade que nega as diferenças não inferiorizadoras é, facto, uma política racista. Como vimos, o racismo, tanto se afirma pela absolutização das diferenças como pela negação absoluta das diferenças. (...)

Daí, o novo meta-direito intercultural que, em meu entender, deve presidir a uma articulação pós-colonial e multicultural das políticas de igualdade e de identidade: temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a desigualdade nos descaracteriza”⁹

4. CONCLUSÃO

Já agora, podemos encaminhar para uma conclusão deste breve ensaio. Por tudo que foi dito, conclui-se que a solidariedade poder ser vista sob dois aspectos, sendo o primeiro o das relações íntimas entre as pessoas, e o segundo, nas relações sociais ou públicas, decorrendo daí a qualificação da solidariedade como social.

Também se verificou que a solidariedade social é traço ínsito não somente aos seres humanos, mas a símios e primatas superiores, atuando como fator de agregação e preservação das espécies que não dispõem de armas naturais de grande poder e se colocam na cadeia alimentar em patamares inferiores.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006, p. 313.

Lembrou-se, ainda, que a solidariedade social atual como macroestrutura sociológica, determinando comportamentos padrões que resultam em maior grau de satisfação pessoal e, conseqüentemente, diminui fatores como violência e suicídio.

Pontuou-se acerca da solidariedade social como princípio supraestatal que obriga até mesmo o constituinte originário, passando pelo legislador ordinário e sendo de observância obrigatória para os aplicadores da lei, decorrendo daí inúmeras disposições legais que têm por fim unidirecional promover a criação de uma sociedade justa, livre e, especialmente, solidária.

Tomando por base o senso comum na ciência de que o paradigma representa um modelo ou padrão, definido como base para reflexões derivadas, entendemos que a igualdade material não é um novo paradigma social ou jurídico, mas sim, constitui-se em objetivo que tem por esteio um paradigma clássico, e bastante amplo, que é a solidariedade social, sendo esta que irradia seus efeitos por vários campos do conhecimento humano.

Em tempos de sociedade altamente voltada ao individualismo, pensamos ser de grande relevância ressaltar os conceitos de solidariedade social e de igualdade material, como antídoto ao vácuo moral que parece se apresentar no horizonte próximo.

BIBLIOGRAFIA

BRYM, Robert J. *et al.* **Sociologia: sua bússola para um Novo Mundo**. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora LTr, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002

MORRIS, Desmond. **O Macaco Nu**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2.** São Paulo: Atlas, 2004.

WAAL, Frans. **Eu, primata: por que somos como somos.** 1ª edição. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2007.

WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

**DA VERDADE REAL AO DIREITO MATERIAL:
INTERESSE JURÍDICO SUBSTANTIVO
AXIOLOGICAMENTE PREVALECENTE NA
IMPOSSIBILIDADE PROBATÓRIA CONCRETA NÃO
SUBJETIVAMENTE PROVOCADA**

Rafael Cavalcanti Lemos

Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de
Pernambuco
Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa

RESUMO: A concepção filosófica grega antiga de verdade *ἀλήθεια* subsiste dita, no processo civil brasileiro contemporâneo, verdade “real”. O Poder Judiciário tem cessado, no Brasil, de professar a crença em atingir uma verdade dessa natureza. De acordo com o princípio sueco da verossimilhança preponderante, é aceitável que a mínima preponderância probatória seja decisiva no processo civil. Nos casos em que a verossimilhança das alegações contrárias se equivalha, deve-se, antes do recurso às regras de ônus objetivo da prova, perquirir, havendo impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que interesse, enfocado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Verdade real na jurisprudência brasileira recente. 3. Do paradigma da verdade ao da verossimilhança. 4. Per Olof Ekelöf e o princípio da verossimilhança preponderante. 5. Interesse jurídico substantivo axiologicamente prevaiente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Para Deleuze (2010, p. 24), erra a filosofia ao pressupor nos homens uma boa vontade em pensar, um desejo ou amor natural do verdadeiro. Não se busca a verdade senão quando se está determinado a fazê-lo em função de um caso concreto (DELEUZE, 2010, p. 24). Se assim é, nada mais adequado à busca da verdade que o processo subjetivo, o qual justo à discussão de casos concretos se presta. Nele (processo subjetivo), contudo, a verdade não é uma só: divide-se em real e formal.

O presente trabalho (A) sistematiza decisões, proferidas nos últimos quinze anos aproximadamente, de tribunais e turmas recursais brasileiros em que é feita referência a uma verdade real, (B) propõe a substituição do paradigma da verdade (real ou formal) pelo da verossimilhança e, enfim, (C) oferece uma solução que fuja dos extremos fáceis da equidade ou da aplicação mecânica da lei (regra de ônus objetivo da prova) para os casos em que, com a nota de que haja um direito material que faça prevalecer, em virtude de um valor jurídico primário histórico, o interesse de uma parte sobre o da outra, *mesmo a busca* de uma verdade real (na transição de um paradigma a outro) torne-se, por absoluta falta de prova e ante alegações contraditórias de igual verossimilhança, *impossível*, sem que para isso tenha contribuído qualquer das partes. Além de, na jurisprudência referida, a pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e d'alhures.

2. VERDADE REAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RECENTE

Para Chauí (1995, p. 99-100), podem reduzir-se a quatro as concepções filosóficas da verdade influentes na cultura ocidental:

(a) a primeira assenta na *alétheia* (ἀλήθεια) grega, para a qual verdadeiro é o que é evidente ou plenamente visível para a razão; a verdade, pois, é a manifestação da própria realidade; o critério da verdade é a adequação de nosso intelecto à coisa ou da coisa a nosso intelecto;

(b) a segunda, na *veritas* latina, que se refere à precisão de um relato ou enunciado sobre um fato; a verdade

depende da memória e da acuidade mental de quem fala; *coisas e fatos* podem ser *reais ou imaginários*, mas *relatos e enunciados* é que são *verdadeiros ou falsos*; o critério da verdade é fornecido pela coerência interna ou lógica das ideias e cadeias de ideias que formam um raciocínio, a qual (coerência) depende da obediência às regras e leis dos enunciados corretos; a marca do verdadeiro é a validade lógica dos argumentos;

(c) a terceira, na *emunah* (אמונה) hebraica, consistente na confiança nas pessoas ou em Deus, sendo estes verdadeiros quando cumprem o que prometem;

(d) a quarta, na eficácia e na utilidade; o conhecimento, verificado pela experimentação e pela experiência, é verdadeiro por seus resultados e aplicações práticas; a marca do verdadeiro é a verificabilidade desses resultados.

Para as concepções filosóficas em que predomine a *alétheia*, a verdade está “nas próprias coisas ou na própria realidade e o conhecimento verdadeiro é a percepção intelectual e racional dessa verdade” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Para aquelas (concepções filosóficas) em que a *veritas* se sobressaia, a verdade “depende do rigor e da precisão na criação e no uso de regras de linguagem, que devem exprimir, ao mesmo tempo, nosso pensamento ou nossas idéias e os acontecimentos ou fatos exteriores a nós e que nossas idéias relatam ou narram em nossa mente” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Destacando-se a *emunah*, a verdade “depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores, que definem um conjunto de convenções universais sobre o conhecimento verdadeiro e que devem ser sempre respeitadas por todos” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Na concepção pragmática de verdade, finalmente, não é empregado, como o é pelas demais (concepções), um critério puramente teórico, senão eminentemente prático, para se aproximar daquela (verdade); uma tal concepção “está muito próxima da teoria da correspondência entre coisa e idéia, entre realidade e pensamento, que julga que o resultado prático, na maioria das vezes, é conseguido porque o conhecimento alcançou as próprias coisas e pode agir sobre elas” (CHAUÍ, 1995, p. 100).

A primeira dentre as concepções filosófico-ocidentais de verdade subsiste, no processo civil contemporâneo, dizendo-se “real”, “objetiva”, “material” ou “substancial”, pelos quais adjetivos distingue-se da segunda (concepção), outrossim subsistente e dita “formal”, em que, “[o]bedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como *completa, considerando o resultado obtido como verdade*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 33).

No REsp 58.306/SP¹, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, sendo útil qualquer meio de prova, “salvo se receber o repúdio do Direito”. Esse julgado foi lembrado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.70.95.01.4189-0² e no Pedido de Uniformização 2007.70.57.0002329³.

A verdade material seria, pois, o “fim último do processo”⁴ e “indispensável em prol do prestígio das decisões judiciais”⁵, uma vez que permite a “decisão mais justa e equânime”⁶, não sendo possível “que a *retórica* suplante o princípio da busca pela verdade real”⁷, a qual verdade se atinge pela “*cabal comprovação* dos fatos alegados pelas partes”⁸, evitando-se “a prolação de decisão judicial em descompasso com a realidade fática”⁹, de modo que *somente* devem ser indeferidas “as provas *indiscutivelmente* desnecessárias e inúteis”¹⁰.

¹ Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 21.03.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.450.

² Rel. Manoel Rolim Campbell Penna, publicado em 05.05.2010.

³ Rel. Joana Carolina Lins Pereira, DJ 22.05.2009.

⁴ Recurso 68/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Paraná, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999.

⁵ Recurso Inominado 491/2003, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, Rel. Juiz Abelardo Tadeu da Silva Santos, Rel. p/ Ac. Eduardo Guilliod Maranhão, j. 24.04.2003, DOE/PE 01.05.2003.

⁶ Processo 2010.03.1.026726-3, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro. unânime, DJe 04.05.2011.

⁷ Recurso 922/2000, Rel. Paula Maria Malta Teixeira do Rego, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, j. 10.08.2000, DOE/PE 19.08.2000.

⁸ Recurso 0702.07.396.814-2, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Minas Gerais, Rel. José Luiz de Moura Faleiros. j. 26.09.2007.

⁹ Agravo de Instrumento nº 2010206228, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. unânime, DJ 16.06.2011.

¹⁰ Agravo de Instrumento Cível nº 0296370-40.2011.8.13.0000, 15ª Câmara Cível do

Se, contudo, *por um lado*, ao Estado incumbe “lutar pela simplificação dos procedimentos”, não podendo, caso não o faça, “alegar em seu favor a desorganização ou os excessos do sistema, que são resultado da sua *própria atuação legislativa anterior*, e mesmo da sua *inércia e falta de vontade política* em modificar o *status quo* da sistemática processual vigente”, aplicando-se “idêntico raciocínio [...] à *produção probatória* que deva ser realizada com intervenção do julgador, uma vez que, se a diligência requerida pela parte é *procrastinatória*, deve o magistrado *indeferir* tal meio de prova” (KOEHLER, 2011, p. 55), *por outro (lado)*, revela-se “inadequado o emprego de medida de gestão de Vara ou técnica de celeridade processual se ela tem potencialidade para afastar o juiz da verdade real”¹¹:

Do ângulo do processo justo, a celeridade perseguida pela processualística moderna não pode custar a efetividade do processo pelo prisma da segurança jurídica, mediante o desrespeito ao plexo de princípios constitucionais processuais que derivam do devido processo legal. É por tal razão que o anseio pela celeridade que nos guiou à edição da Lei 10.259/01 não pode, pelas peculiaridades deste modelo de jurisdição, anular a ordem processual ou tornar como de menor valor o direito a uma efetiva participação processual, sob pena de se subverter o postulado de defesa que se prende instrumentalmente a um direito material insubstituível. A celeridade não deve ser tomada como açodamento na condução do processo rumo à sentença. *A simplicidade do rito não retira a complexidade do direito em jogo.*¹²

No mesmo sentido, decidiu a 6^a. Turma de Recursos de Santa Catarina, na Apelação Cível 548¹³, que, “embora predomine nos juizados especiais os princípios da oralidade, celeridade, economia processual, não dispensa[m]

TJMG, Rel. Antônio Bispo, j. 15.09.2011, maioria, Publ. 21.09.2011.

¹¹ Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010.

¹² Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010.

¹³ Rel. Salim Schead dos Santos, j. 16.04.1997.

ele[s] o princípio do devido processo legal, o do contraditório, o da ampla defesa, o da verdade real”.

D'outro ângulo, o “excesso de formalidade (...) fere o Princípio da Verdade Real”¹⁴. Assim, “nas relações de consumo, onde se reconhece a vulnerabilidade do consumidor, não basta a formalidade dos documentos, de forma a apresentar uma aparente legalidade, devendo o juiz perquirir a verdade real, à luz das circunstâncias em que os fatos ocorreram”¹⁵.

A propósito, como o demonstra a ressalva genérica inserta no art. 20 da Lei 9.099/1995¹⁶, “ao processo e à justiça especial” (conquanto não apenas neles, ante o disposto no art. 130 do CPC/BR) “interessa a verdade real, onde o juiz tem plena autonomia para buscar e aplicar a solução que melhor julgar conveniente”¹⁷ – antes de publicada a sentença¹⁸ – ao “desfecho justo da lide”¹⁹, “destinatário e agente da prova” que é o magistrado²⁰, ante o “caráter social cada vez mais evidente no direito” e a “própria publicização do processo”, na busca de “concretização da Justiça”, não devendo o magistrado ser um “mero espectador” processual²¹.

A verdade real deve, portanto, “nortear todo e qualquer julgamento”²², “notadamente quando a tutela requerida repercute de modo grave sobre a parte adversa”²³, e “o magistrado que acompanha a produção das provas,

¹⁴ Processo 6354-1/2004, 2ª Turma Recursal Cível e Criminal de Salvador da Bahia, Rel. Nícia Olga Andrade de Souza Dantas, julg. 04.03.2008.

¹⁵ Apelação Cível no Juizado Especial 2005.01.1.006569-3, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Rel. Juiz Sandoval Gomes de Oliveira, julg. 16.08.2005.

¹⁶ Processo 2007.01.1.139895-0, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/DF, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJE 03.08.2010.

¹⁷ Recurso Cível nº 77/97, Rel. Dirceu dos Santos, 1ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, julg. 27.08.1997.

¹⁸ Apelação Cível nº 18.676/2008, 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 29.03.2011.

¹⁹ Apelação Cível nº 2010.013248-7, 3ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, publ. 01.08.2011.

²⁰ Recurso 85/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/PR, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999.

²¹ Apelação Cível no Juizado Especial nº 20030710091103, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. João Egmont Leôncio Lopes, j. 10.12.2003, unânime, DJU 02.01.2004.

²² Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2002.38.00.711113-0, Rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, Primeira Turma Recursal de Minas Gerais, julg. 26.02.2003.

²³ Cf. AGTR nº 102054/CE (0099020-70.2009.4.05.0000), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. José Maria de Oliveira Lucena, j. 22.09.2011, unânime, DJE 29.09.2011, e AGTR nº 103419/CE, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Geraldo Apoliano, j. 09.06.2011, unânime, DJE

visando à investigação da verdade real, [é que] está habilitado a apreciá-las quanto ao seu valor e à sua eficácia em relação aos pontos debatidos”²⁴.

A 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, Seção Judiciária de São Paulo, expôs que, “se o processo civil tradicional impunha ao magistrado o reconhecimento da verdade formal, o devido processo legal substancial, a iniciativa probatória, a aproximação entre as esferas material e processual e a tutela constitucional do processo trouxeram a verdade real para o centro da tutela jurisdicional no moderno processo civil constitucional”²⁵. Mas, “se a parte não cuida de usar das faculdades processuais, e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que é a aspiração tanto das partes quanto do próprio Estado, visto como ao magistrado só é lícito julgar segundo o alegado e provado”²⁶, ou seja, “[a] pesar de o juiz ser livre na formação do seu convencimento, ele está adstrito aos elementos constantes dos autos”²⁷, não podendo perseguir *ad aeternum* a verdade material²⁸, nem, em violação do dever de imparcialidade, “tomar partido’ de autor ou de réu”²⁹, os quais, outrossim quando evitam a litigância de má-fé, contribuem para o encontro da verdade substancial³⁰.

As provas que podem ser determinadas de ofício pelo magistrado, por conseguinte, devem ser as “imprescindíveis à apuração, na medida do possível, da verdade substancial”³¹, sob pena mesmo de, não as

15.06.2011.

²⁴ Apelação Cível 2010.806887-4, Rel. Eliane de Freitas Lima Vicente, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, julg. 11.02.2011.

²⁵ Processo 2006.63.17.000354-8, Rel. Kyu Soon Lee, julg. 16.08.2010.

²⁶ Recurso Inominado 79/2007, Rel. Ricardo Pessoa dos Santos, 4ª Turma do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, julg. 06.03.2007.

²⁷ Recurso 206/1997, Rel. Juiz José Augusto Gomes Aniceto, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital do Estado do Paraná, j. 20.08.1998.

²⁸ Processo 01597540721, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, Rel. Pedro Celso dal Prá, j. 04.02.1998.

²⁹ Processo [s/n], 1ª Turma Recursal Cível de Curitiba/Paraná, Rel. D’Artagnan Serpa Sá, j. 01.06.1998.

³⁰ Apelação Cível nº 2005.51.01.026698-3/RJ, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 23.02.2011, unânime, e-DJF2R 01.03.2011; Apelação Cível nº 70037435799, 12ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. j. 22.09.2011, DJ 26.09.2011.

³¹ Apelação Cível 0813181-1, 15ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Jucimar Novochadlo. j. 14.09.2011, unânime, DJe 28.09.2011.

determinando, cassação da medida liminar³² ou da sentença³³, hipótese (cassação) em que, porém, “as diligências instrutórias determinadas em segundo grau constituem apenas um mínimo a ser observado pelo magistrado de piso”³⁴.

Recentemente, no entanto, cerca de dezesseis anos após haver declarado, no REsp 58.306/SP, que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª. Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.245.765/MG³⁵, interposto em processo de improbidade administrativa, manifestou sua descrença no atingimento dessa verdade:

a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, estreme de dúvidas. Pelas *limitações de tempo e de procedimento* mesmo, *inerentes ao Direito Processual*, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais que contundente de dolo, porque isto seria *impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar*: a verdade real.”

Ainda mais próxima no tempo está a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 0602636-0³⁶, para o qual *basta* que a verdade processual *aproxime-se* da verdade dita material.

No mesmo mês (agosto de 2011), mais longe ia o Tribunal Regional Federal da 5ª. Região ao sustentar que, a despeito de o juiz dever *buscar* a verdade real, *estritamente necessária* à observância do devido processo legal é tão só a *fundamentação* do decidido a respeito (A) da *admissão* de que

³² Agravo de Instrumento Cível nº 0548465-63.2011.8.13.0000, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Irmair Ferreira Campos, Rel. p/ Acórdão Luciano Pinto. j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011.

³³ Apelação Cível nº 0315652-82.2008.8.13.0319, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Márcia de Paoli Balbino. j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011.

³⁴ Apelação Cível nº 65119000043, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 02.08.2011, unânime, DJ 15.08.2011.

³⁵ Rel. Mauro Campbell Marques. j. 28.06.2011, unânime, DJe 03.08.2011.

³⁶ 8ª Câmara Cível, Rel. Carvilio da Silveira Filho, Rel. Convocado Roberto Portugal Baccellar, j. 25.08.2011, unânime, DJe 13.09.2011.

se produzam as provas, valorando-lhes a necessidade e utilidade³⁷ ou (B) do “*resultado* da dilação probatória, adotando-o ou não em sua decisão”³⁸.

3. DO PARADIGMA DA VERDADE AO DA VEROSSIMILHANÇA.

Espera-se do magistrado que, ao julgar, siga a fórmula kelseniana, pela qual, em um juízo de subsunção, ocorrido certo fato, deve haver determinada consequência jurídica (KELSEN, 1960, *passim* – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 28).

Como relata Sen (2011, p. 35 e 452), contudo, já no Império Britânico do século XVIII, recomendava lorde Mansfield que se *ocultasse* a *ratio decidendi* real em favor de uma decisão *reputada justa*:

Não são *protestadores indignados* os que *frequentemente se esquivam da justificação arrazoada*, mas sim *plácidos guardiões da ordem e da justiça*. [...] Lorde Mansfield, o poderoso juiz inglês do século XVIII, deu um *famoso conselho* a um governador colonial recém-nomeado: ‘*Considere o que você acha que a justiça exige e decida de modo apropriado. Mas nunca apresente suas razões, pois seu julgamento provavelmente estará certo, mas suas razões sem dúvida estarão erradas*’. [...] A observação foi feita por William Murray, primeiro conde de Mansfield, como citada por John Campbell, *The lives of the chief justices in England: from the Norman conquest to the death of Lord Mansfield* (Londres: John Murray, 1949-57, v. 2, cap. 40, p. 572).

O constante apelo a uma verdade dita real, objetiva, material ou substancial é, pois, uma reação ao que, em caso extremo, Vaz (1998, p. 187-192 e 205-206), comentando a influência, na vigência do CPC/PT de 1939, do sistema jurídico processual civil português de oralidade pura sobre o nível técnico e o acerto das decisões dos tribunais coletivos, chama

³⁷ AGTR nº 117753/AL, 4ª Turma, Rel. Margarida Cantarelli, j. 31.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011.

³⁸ AGTR nº 116812/CE (0008495-71.2011.4.05.0000), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Margarida Cantarelli, j. 26.07.2011, unânime, DJe 28.07.2011.

de “vício de inversão ou salto lógico do silogismo judiciário da decisão de facto” (VAZ, 1998, p. 189):

Tratava-se de um esquema da decisão da matéria de facto que se resolvia na inversão ou salto lógico do silogismo judiciário; ou seja, em o tribunal colectivo, nas respostas ao questionário, em vez de partir da prova efectivamente produzida nos autos (premissa menor), para, através da regra de direito aplicável (premissa maior), chegar à rigorosa e correcta decisão final do pleito (sentença ou conclusão do silogismo judicial), proceder, por vezes, pura e simplesmente ao contrário: – *partir da conclusão* (a que se chega, *fundamentalmente*, por uma via *intuitiva*), sendo nessa base que decide a questão de facto, dando como provados, precisamente, os factos que se *ajustam* e *convêm* àquela *conclusão*. (VAZ, 1998, p. 188).

Em estudo publicado em 1940 (p. 349) sobre o então novo Código de Processo Civil português (de 1939), outrossim chamava a atenção Magalhães para que

o juiz, freqüentes vezes, procede inversamente ao que a lógica lhe ordena. Sendo a decisão a conclusão fundada em 2 premissas – a averiguação do facto e a aplicação do direito, o juiz formula para si, em regra *precipitadamente*, a *conclusão*, e só depois procura aplicar o direito, mas *dominado* então pela ideia de, *por qualquer forma*, a *justificar*.

Para com o vigente Código de Processo Civil português, segue Rangel (2006, p. 64) admoestando:

O juiz quando faz o *juízo da matéria de facto* deve abstrair-se, nesse momento, do direito que irá aplicar, ou seja, *não pode nem deve preocupar-se com a decisão final*. Só desta maneira realiza a operação processualmente *correcta e honesta*, caso contrário,

desvirtuará, indubitavelmente, a verdade dos factos alegados, *instrumentalizando-os* no sentido da *decisão final que pretenda proferir*.

Se a verdade formal é um argumento retórico destinado “a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido com a realidade fática” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 35), também o (argumento retórico) é a (verdade) real, na medida em que se presta a, *vinculando o justo ao verdadeiro*, “*justificar a ‘justiça’ da decisão tomada*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Justo e verdadeiro não se confundem nem um implica o outro:

A questão que se põe [...] é a de saber se há um *necessário liame* entre verdade e justiça e se, por conseqüência, o sistema processual, ao *desconsiderar essa ligação, patrocina o injusto*. Ora, das inúmeras e milenares tentativas de conceituação do justo, decerto somente a socrático-platônica ensaiou vê-lo como um saber, algo decorrente de um *conhecimento*. A experiência *histórica* – e, se se adere à concepção *realista* da verdade, esta é fonte que se não pode recusar – mostra-se *bem distante* de prestigiar semelhante concepção: não poucos seres humanos de *incontestável ciência* cometeram *ominosas injustiças*, tanto como expressiva quantidade de *néscios* primaram pela *prática do justo*. (BAPTISTA, 2001, p. 176-177).

Aliás, *precisamente* a busca da verdade dita real, objetiva, material ou substancial é que pode impelir o juiz à inversão lógica, quando saiba de fato relevante à solução da causa não provado nos autos, oculto das partes e contado por alguém da confiança do magistrado (MAGALHÃES, 1940, p. 347), e ainda nesta hipótese não há garantia de que a narrativa fática haja assegurado o respeito àquela verdade, porquanto a reconstrução verbal de um fato “sempre vem *influenciada* por aspectos *subjetivos* das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36).

A verdade real é *utopia*; crer *inteiramente* objetiva a análise de um fato é *ingenuidade* (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36-37):

Mesmo [...] que adira à concepção realista da verdade, não terá o julgador como assegurar-se da própria isenção, ao idear o objeto de conhecimento. Cai-se, então, na armadilha cético-idealista: resta ao sujeito cognoscente confiar, tão-só, na idoneidade dos mecanismos e processos cognoscitivos, vale dizer, na própria razão. A *aporia* resulta insuperável e somente a *agravam* as *designações alternativas* para a chamada verdade real – verdade *substancial*, *material* ou *objetiva*. Substancial é o que concerne à substância, ou seja, àquilo “sem o que o ser não é”, de sorte que a idéia de verdade substancial redundava em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; material diz-se o referente à matéria, vale dizer, àquilo “que toma forma no ser”, de modo que a verdade material haveria de ser a verdade cuja *forma* é a verdade; e objetivo entende-se o que respeita ao objeto, isto é, àquilo “que se distingue do sujeito”, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmo problemas aflitivos da admissão da realidade cognoscível – a *objetivação do próprio ato de conhecer*, a *percepção de suas limitações* e, afinal, a *delegação aos mecanismos racionais da definição da confiabilidade do conhecimento*. (BAPTISTA, 2001, p. 37-38).

Como defendem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 73), fatos estão no campo ôntico; a verdade, no (campo) axiológico: *afirmações* são verdadeiras ou falsas; dos fatos toma-se conhecimento por meio das *impressões que se têm deles*. A verdade dita real é “meta inatingível, até porque, além da justiça, há *outros valores* que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: *o processo precisa acabar*. [...] O mais correto, mesmo, é entender a verdade *buscada* no processo como aquela *mais próxima possível do real*, própria da condição humana.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 73-74).

Na mesma linha, comentando o artigo 332 do CPC/BR, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 333, n. 1) sustentam:

A verdade é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de

maior ou menor verossimilhança. Nada obstante, a colocação da verdade como objetivo da prova preenche axiologicamente o processo outorgando-lhe legitimidade. A imposição da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto como desiderato do processo.

É válida a observação de Lechner, em análise do papel da incerteza na democracia moderna (1987, p. 61), para quem “a legitimidade dos procedimentos formais pressupõe *critérios compartilhados acerca do real e do possível*”. Critérios dessa natureza, outrossim no âmbito processual, não devem gerar *expectativas cuja satisfação seja inalcançável*. Um conceito de verdade implica uma *prévia tomada de posição acerca das possibilidades do conhecimento* (BAPTISTA, 2001, p. 15). O máximo que se pode exigir do juiz é que “a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado *não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Além disso, na lição de Magalhães (1940, p. 305), aparência e realidade não necessariamente se contrapõem, “podem antes ter-se como equivalentes, pois que a aparência pode ser, e é muitas vezes, a realidade e a realidade pode ser, e é muitas vezes, a aparência.” (MAGALHÃES, 1940, p. 305). A verdade “não é absoluta e quem só se contentar com ela e desprezar a aparência comete o mesmo êrro do que aquele que só se sente bem com a mentira e a dissimulação.” (MAGALHÃES, 1940, p. 353). A defesa ferrenha da verdade real por seus adeptos chega a conferir-lhe caráter de *dogma* (KHALED JR., 2009, p. 120). Khaled Jr. (2009, p. 32) diz mesmo haver “uma proximidade muito grande entre esta concepção de verdade [real] e o exercício de um poder *arbitrário* que *não* conhece *limites*, ou que, ao menos, *não os respeita*.”

O juiz precisa, sim, “empregar desde o início do processo todos os seus *esforços* e usar dos amplos *poderes*, que lhe são conferidos, para chegar ao apuramento da verdade” (MAGALHÃES, 1940, p. 306-307), proporcionando às partes os meios *indispensáveis* a que se consiga essa verdade no processo, pois elas são, em princípio, “as mais directamente interessadas na obtenção dêsse *desideratum*” e “as que melhor podem conhecer – e conhecem – quais dêsses meios devem ser empregados em

cada caso concreto e são até quem, de alguns dêles, exclusivamente podem dispor” (MAGALHÃES, 1940, p. 320), devendo (as partes), por isso, comportar-se com licitude, probidade, lealdade e boa-fé, uma vez que sua “actuação processual não é ausente de juízos de valor substanciais” e volta-se à “prossecação das finalidades do processo, sendo inadmissível a sua utilização para a lesão de bens jurídicos protegidos” (SILVA, 2008, p. 691).

No mesmo sentido, mas n'outros termos, aplicando ao Direito sua formação outrossim em História, explica Khaled Jr. (2009, p. 252) que os *rastros* são a matéria-prima do conhecimento histórico, sem contudo (os rastros) equivalerem ao passado, porquanto o conhecimento deste (passado) não é obtido diretamente daqueles (rastros), sendo preciso um processo interpretativo, com escolhas e correções, que lhes (dos rastros) extraia significado. No processo, a *elevação* do rastro à condição de *prova* é que “permite o sustentáculo necessário para a formação de um *juízo de verossimilhança significativa, que permita a tomada de decisão*” (KHALED JR., 2009, p. 253). O ingresso dos rastros no processo dá-se habitualmente pelas partes, em um clima de conflito e sob um procedimento contraditório em que o *tempo* é um elemento fundamental, por *determinar duplamente* aquele (processo): de um lado em razão de ele (processo) possuir um “núcleo de verificação *histórica*”, d'outro (lado) em virtude de sua (do processo) “natureza de *etapas* vinculadas a uma temporalidade específica”, a primeira delas (etapas) visando à formação de um saber e a segunda à *incidência do poder estatal* (KHALED JR., 2009, p. 253-254). O contraditório processual *não se limita* destarte à *dimensão retórica*, pois faz *referência ao passado* por meio dos *rastros*, garantindo a *maior verossimilhança possível* à prova (KHALED JR., 2009, p. 268 e 273).

Já passou a hora, pois, de a processualística civil abraçar o paradigma da *verossimilhança* e abandonar, sem temor de destronar a clássica fórmula kelseniana, o (paradigma) da *verdade*, real ou formal (cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38-39):

A doutrina processual precisa superar sua visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá aceitar *reformas profundas nos axiomas processuais*, a fim de garantir a *efetividade do processo*. É preciso convencer os processualistas de que *a descoberta da*

verdade é mito e de que o processo trabalha (e *sempre trabalhou, embora veladamente*) com a *verossimilhança* e com a argumentação. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 51).

4. PER OLOF EKELÖF E O PRINCÍPIO DA VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE.

Pode-se dizer da verossimilhança, empregando ainda o vocabulário do paradigma anterior (o da verdade), que seja uma *verdade real quanto possível de alcançar* (cf. MARINONI, ARENHART, 2011, p. 43).

Visando superar uma *dificuldade semântica* apontada no direito italiano por Calamandrei já em 1955 (p. 170-171), Marinoni e Arenhart (2011, p. 52) chegam a distinguir, consoante a *crescente intensidade do contraditório* estabelecido para a cognição, outrossim três espécies de verossimilhança, que portanto se poderia chamar *lato sensu*: (A) *possibilidade* de verdade, na *ausência* de contraditório (argumentação de apenas uma das partes com o juiz), (B) verossimilhança *stricto sensu*, quando há contraditório *limitado*, e (C) *probabilidade* de verdade, se o contraditório é *pleno*. Também o legislador *sueco* distingue *graus* de verossimilhança empregando *palavras diversas* (cf. BRUSKE, 1991, p. 28), e Ekelöf (1962, p. 289-290) põe em ordem decrescente de uma verossimilhança *lato sensu* o notório (*offenbar*), o certo (*gewiss*), o verossímil *stricto sensu* (*wahrscheinlich*) e o presumível (*vermutlich*).

Referindo-se ao papel do paradigma na ciência, (papel) cabível também a este (paradigma) no domínio da processualística civil, afirma Kuhn (1991, p. 23), em feliz comparação, que ele (paradigma), “como uma decisão judicial aceita no *common law*, é objeto de ulterior articulação e especificação, sob novas ou mais precisas condições”, raramente servindo, pois, a que seja *simplesmente* copiado.

Assim é que, recusando o acesso fácil ao ônus objetivo da prova, excessivamente dissociado da especificidade de cada conflito submetido a julgamento, a processualística civil sueca, acolhendo destemidamente o novo paradigma (da verossimilhança), passou a sustentar que, *por vezes*, basta à convicção judicial a *preponderância* (conquanto *mínima*) da *verossimilhança* da alegação de uma parte em face da *verossimilhança* da

alegação da outra, o que, em sueco, veio a denominar-se *överviktsprincipen* (literalmente, “princípio da preponderância”) – EKELÖF, 1968, p. 107, 108 e 110; MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90-91, BRUSKE, 1994, p. 29, WALTER, 1979, p. 142-143, e BRINKMANN, 2005, p. 36:

Já tentamos mostrar que *este princípio* não pode ser entendido como uma espécie de regra *geral* do ônus da prova no processo civil. Isto não significa dizer que ele não represente a solução *mais adequada* ao problema (do ônus da prova) em *algumas situações especiais*. (EKELÖF, 1968, p. 107).

O processualista sueco Per Olof Ekelöf (1962, p. 289-290), *ilustrativamente*, fala de uma escala imaginária de percentuais, a qual iria de 0% a 100% e em que, quanto maior a verossimilhança de uma alegação, menor, na mesma proporção, a (verossimilhança) da (alegação) contrária: assim, se uma alegação é 75% verossimilhante, a (alegação) adversa o (verossimilhante) é 25%. O grau de verossimilhança das alegações deve ser marcado nessa escala pelo juiz após a apreciação das provas e é chamado por Ekelöf (1962, p. 290) de “ponto do valor da prova” (*Beweiswertpunkt*), sinalizando ele (ponto) a medida da “preponderância da prova” (*Beweisübergewicht*).

Esse ponto (“do valor probatório”) não se confunde com o (ponto) “do ônus da prova” (*Beweislastpunkt*), o qual (ponto) representa a *força que basta à prova dum alegação*, consoante o que determina a *lei* por meio de *regras de ônus da prova* (EKELÖF, 1962, p. 290). Na escala imaginária, Ekelöf (1962, p. 289) faz uso dos termos “presumível”, “verossímil (*stricto sensu*)”, “certo” e “notório”, à medida que os pontos “do valor da prova” e “do ônus da prova” se aproximam dos 100% de verossimilhança, sem contudo relacionar cada daqueles (termos) a uma faixa percentual (deixando ora de lado, portanto, a matemática meramente ilustrativa de sua concepção de *valor probatório inversamente proporcional das alegações contrárias*). Destarte, se uma regra de ônus da prova exige que a alegação de fato seja “certa”, o “ponto do ônus da prova” estará onde aparece “certo” na escala, não sendo suficiente à prova do alegado que o “ponto do valor probatório” esteja em “presumível” (EKELÖF, 1962, p. 290). *Normalmente*, contudo, a *lei* não associa expressamente o chamado “ponto do ônus da prova” a determinado *grau de verossimilhança*, cabendo ao *juiz* fazê-lo, indicando

a *preponderância suficiente* à prova duma alegação pela parte (EKELÖF, 1962, p. 291).

Na Alemanha, o parágrafo 286 do Código de Processo Civil diz que “o órgão jurisdicional [...] tem de decidir, com livre convicção, se uma alegação acerca de um fato deve ser ou não considerada *verdadeira*”, o que faz crer que o legislador almeja uma convicção judicial de *verdade*, com rejeição da verossimilhança ainda que no grau máximo da escala imaginária (EKELÖF, 1962, p. 291). A questão é se a verdade pode ser obtida em uma instrução processual, quando a história da *própria ciência* mostra, com frequência, *novas observações* obrigarem verdades *consagradas* à *revisão* (EKELÖF, 1962, p. 291). As *máximas gerais da experiência* aproveitadas no processo obtêm-se por indução do que se observou até determinado momento: quando, *exempli gratia*, nove detalhes de uma impressão digital deixada sobre uma coisa correspondem àquela (impressão digital) de um acusado, considera-se este havê-la ali deixado, porquanto *não há registro* de que duas pessoas alguma vez tenham apresentado nove detalhes idênticos na impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 291). Essa possibilidade (nove detalhes idênticos na impressão digital de duas pessoas), contudo, não deve ser de todo rechaçada, já que não é possível comparar as impressões digitais da integralidade dos seres humanos vivos e falecidos (EKELÖF, 1962, p. 291). Vê-se, deste modo, ser apenas verossimilhante o que se tem habitualmente por verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 291).

É *clara* a distinção, contudo, entre algo *certo de todo* e o *meramente verossímil*: será ridicularizado *e.g.* quem quer que declare ser desta sorte (meramente verossímil) que o ser humano morra, sendo, pois, a verdade, voltando à *imagem matemática*, um *valor-limite* equivalente ao grau máximo de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 291-292). Nesse sentido (verdade como valor-limite da verossimilhança), cabe com tranquilidade dizer que um órgão jurisdicional constata eventualmente o que é verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 292).

Se nenhuma prova, no entanto, possui valor probatório superior ao (valor) de outra (prova), o órgão jurisdicional *difícilmente* será capaz de descobrir a “verdade”, entendida esta como a *maior verossimilhança possível* – *v.g.* a (verossimilhança) alcançada por meio de uma impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 295). Deve-se, ainda, levar em conta que, havendo muito material probatório divergente, é *impossível* constatar *com segurança* se tal

força probatória (maior verossimilhança *possível*) foi atingida (EKELÖF, 1962, p. 296).

Parecia a Ekelöf (1962, p. 296) que os tribunais suecos costumavam contentar-se com uma força probatória inferior àquela (força probatória) que se diria (força probatória) “de certeza” ou “de verdade”, sendo este o caso mesmo quando o objeto do processo era um crime muito grave (EKELÖF, 1962, p. 296). Ekelöf (1962, p. 296) dizia serem instrutivas a respeito as sentenças criminais cuja incorreção era posteriormente descoberta (EKELÖF, 1962, p. 296). Há casos em que o tribunal não procedeu corretamente, seja porque tenha estimado alto demais o valor probatório em questão, seja porque se tenha contentado com uma força probatória muito baixa, mas também os (casos) há em que de modo algum se pode repreender o tribunal: com base no material probatório existente, qualquer juiz teria condenado o acusado (EKELÖF, 1962, p. 296). Tivesse havido um indício mais pela sua inocência, teria ele sido talvez absolvido (EKELÖF, 1962, p. 296). Um material probatório não pode ser considerado suficiente, se é *enriquecido* com um único fato novo probante mais (EKELÖF, 1962, p. 296). O material probatório existente no processo, por conseguinte, tem apenas um *valor de verossimilhança* (EKELÖF, 1962, p. 296). Proferida uma sentença com base na “verdade”, sua (da sentença) *incorreção* não poderia ser demonstrada com *material probatório novo*, mas *tão somente* por meio da descoberta da *falsidade das máximas da experiência* empregadas no processo (EKELÖF, 1962, p. 296).

No processo civil, o problema é ainda mais complicado, uma vez que nele (processo civil) é duvidoso, no que concerne a alguns fatos jurídicos, a qual parte compete o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 297). Questões de natureza distinta, no entanto, merecem distinto tratamento, e uma delas (questões) diz respeito à redação legal das regras de ônus da prova: até que ponto as prescrições do Código Civil alemão *v.g.* são construídas com base na sintaxiologia comum? (EKELÖF, 1962, p. 297). Ekelöf (1962, p. 297) responde que elas (prescrições), de fato, não o (construídas) são assim (com base na sintaxiologia comum), mas constata ser *possível* indicar claramente, por meio de expressões como “a não ser que” ou “de modo algum”, qual parte deve suportar o ônus da prova. Ekelöf (1962, p. 297) rejeita, por sua vez, que a distribuição do ônus da prova no processo civil romano-germânico ou de *common law* possa ser *adequadamente* feita obedecendo

a um princípio *geral*, dê-se este (princípio) com uma classificação legal dos fatos jurídicos em constitutivos, impeditivos e extintivos de direitos (um círculo vicioso, em realidade: impeditivas de direito *v.g.* são justo as circunstâncias em que o réu e não o autor suporta o ônus da prova) ou com um uso que não haja sido consolidado com foco no ônus da prova.

Lacunosa a lei, por seu turno, em razão de *não* conter regime *algum* de *ônus* da prova, sua (do ônus da prova) fixação, segundo Ekelöf (1962, p. 297), tão só por meio da *exegese da prescrição material aplicável* pode ser fixada. O direito material indica, dessarte, a *importância jurídica* da existência ou indiscutibilidade dum fato (EKELÖF, 1962, p. 297). Importa saber se se deve empregá-lo (direito material) analogicamente, quando um fato apenas é provado com certo grau de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 297). Consoante a exegese legal teleológica, para a resolução desse problema deve-se partir da *intenção* da prescrição material (EKELÖF, 1962, p. 297). A analogia *convém* quando a aplicação dessa prescrição (material) para mais de seu (da prescrição) sentido original *lhe* (da prescrição) *promove* a finalidade (EKELÖF, 1962, p. 297). Devem-se, outrossim, considerar as dificuldades probatórias: se, por sua *natureza*, um fato jurídico é de prova geralmente *muito difícil*, na prática *não adiantará exigir uma prova robusta* (EKELÖF, 1962, p. 297). E que o material probatório esteja *sob o domínio* do autor é, naturalmente, um argumento para que ele e não o réu suporte o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 297-298). Enfim, à parte que afirme uma cláusula que se afaste de uma norma jurídica dispositiva é que cabe, em princípio, suportar o ônus de sua (da cláusula) prova; isso ou as normas dispositivas não atenderiam sua função: facilitar a conclusão de contratos (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 109).

Quando, com esse método, verifica-se o “ponto de ônus da prova”, vê-se, às vezes, *convir* que nenhuma das partes o (ônus da prova) suporte com uma exigência mais elevada de força probatória, senão que se defina um *grau de verossimilhança suficiente menor* (EKELÖF, 1962, p. 298). Para Ekelöf (1962, p. 298), tal solução é apropriada *sobretudo* nos processos envolvendo *contratos* ou *perdas e danos*. No que Ekelöf (1962, p. 298) chama de “doutrina nórdica”, admite-se *ainda* que, para *fatos jurídicos* diferentes, seja, outrossim, distinta a força probatória bastante, sendo-se mesmo da opinião de que o “ponto de ônus da prova” fique, *em determinados casos*, no meio da escala, o que significa que a *mínima* preponderância probatória

seja *decisiva* e, portanto, *nenhuma* das partes suporte o *ônus* da prova (EKELÖF, 1962, p. 298). Como exemplo, é mencionada uma mãe que afirme que seu filho tenha sido trocado por outra criança na maternidade: é difícil descobrir com que fundamento uma das mães deva suportar o *ônus* da prova (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 107-108).

Também merece ser notado que o legislador sueco formula as regras de *ônus* da prova por meio de uma redação especial que, esquematicamente, mostra-se assim: “Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C” (EKELÖF, 1962, p. 298). Dessa forma, é não apenas determinado que o *ônus* da prova deva ser suportado pela parte a que aproveite o fato jurídico C, senão também *com que força* esse fato jurídico precisa ser provado (EKELÖF, 1962, p. 298). Neste ponto, enxerga Ekelöf (1962, p. 298) uma possível diferença entre o direito sueco e o alemão: confessando ser-lhe desconhecido até que ponto os juízes alemães exijam, para ser convencidos, que o fato jurídico seja provado com certeza total ou pelo menos com um “grau de verossimilhança limítrofe da certeza”, parece, entretanto, a Ekelöf (1962, p. 298), que as regras de *ônus* da prova alemãs não forneçam resposta acerca da *força probatória suficiente*. Di-lo Ekelöf (1962, p. 298) tanto das regras de *ônus* da prova que, com a ajuda da sintaxiologia, extraem-se do Código Civil alemão, quanto das (regras de *ônus* da prova) deduzidas d’algum princípio geral de *ônus* da prova: recebe-se, em ambos os casos, informação apenas sobre *qual parte* suporte o *ônus* da prova ou, noutras palavras, *de que lado* da escala de verossimilhança esteja o “ponto de *ônus* da prova”.

Juntamente com o conterrâneo Per Olof Bolding, Ekelöf influenciou, especialmente por meio de Kegel e Bruns, a processualística civil germânica, que traduziu o princípio da verossimilhança preponderante por *Überwiegensprinzip* (WALTER, 1979, p. 142-143). No Brasil, por seu turno, ainda não se emprega a expressão “verossimilhança preponderante” fora dos casos em que a lei *expressamente* refere-se àquela (verossimilhança)³⁹.

Marinoni e Arenhart (2011, p. 91) perguntam se, ao aplicar o princípio da verossimilhança preponderante, o juiz acha-se ainda em estado de dúvida ou a terá superado. A resposta parece estar em que *sempre* há algum

³⁹ Cf. Agravo de Instrumento nº 0783556-7, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima, Rel. Convocado Fabian Schweitzer. j. 23.08.2011, unânime, DJe 12.09.2011, e Agravo de Instrumento nº 0766323-4, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima. j. 31.05.2011, unânime, DJe 02.06.2011.

grau de dúvida na decisão do juiz que humildemente se aceite *falível*. A adoção do paradigma da verossimilhança implica a aceitação de que toda *convicção* é, em maior ou menor grau, *outrossim* de verossimilhança.

5. INTERESSE JURÍDICO SUBSTANTIVO AXIOLOGICAMENTE PREVALECENTE NA IMPOSSIBILIDADE PROBATÓRIA CONCRETA NÃO SUBJETIVAMENTE PROVOCADA.

São impróprios a traduzir a *adequação* de uma ordem jurídica os sistemas de conceitos fundamentais “puros”, como o desenvolvido por Kelsen (CANARIS, 1996, p. 27):

Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade *valorativa* é sempre de tipo *material* e só pode realizar-se numa ordem jurídica *historicamente* determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada. (CANARIS, 1996, p. 27).

A composição de um litígio, fim ordinário do processo civil, opera-se em dois momentos: primeiro, verifica-se, no direito substantivo, a *hierarquia entre os interesses contrapostos*; em seguida, assegura-se esta (hierarquia) pelo processo (MENDES, 1986, p. 98-99). Isso se dá porquanto o “processo civil é *instrumental* perante o direito substantivo, pelo que em processo não podem ser produzidos ou alcançados efeitos que aquele direito *material* não admite” (SOUSA, 1993, p. 42-43) nem (pode) “a *convicção* judicial [...] ser pensada como algo que diz respeito *apenas* ao direito processual, compreendido na sua tentativa de *isolamento do direito material*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 225).

Hierarquia que, para Magalhães (1940, p. 356), existe já entre lei, verdade e justiça:

Verdade, Lei, Justiça – três conceitos *relativos*, cuja hierarquia tem de ser *pragmáticamente* estabelecida. É pela *imperatividade da Lei* que se alcança a Verdade para fazer Justiça.

Como visto acima, para Ekelöf (1962, p. 297 – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90), cabe ao próprio *juiz*, *omissa* a lei, determinar o grau de verossimilhança necessário a sua (do juiz) convicção, de acordo com a *teleologia* do direito *material*, recorrendo (o juiz) às regras do ônus objetivo da prova tão somente quando não atingido esse grau:

Na *ausência* duma disposição *legal* assim [“Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C”, na fórmula sueca – cf. EKELÖF, 1962, p. 298], deve o *juiz*, numa interpretação *teleológica* da lei, determinar a *extensão* e o *ônus* da prova. [...] Nos casos em que [disso] *não* resulte alguma regra de ônus da prova que *favoreça* uma das partes, deve-se recorrer ao ônus *objetivo* da prova, entendido este como *risco do litígio*. (BRUSKE, 1994, p. 29).

Segundo Mendes (1961, p. 437), “[a]ctualmente, em *todas as ordens jurídicas positivas* – incluindo a nossa [portuguesa] – a forma de decisão das questões *irreduzivelmente* incertas consiste no sistema chamado do *ônus da prova*”.

Contudo, ainda que se equivalham em verossimilhança as alegações contrárias no processo e exista no ordenamento jurídico regra objetiva aplicável de ônus da prova, deve-se, *sem mecanicismo nem equidade*, perquirir, quando da impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que *interesse* o direito *material* discutido prefere, respeitando-se, deste modo, o *legislador* e a natureza *instrumental* (relativamente ao direito material) do processo:

a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação *histórica* dos *interesses*. É uma interpretação histórica – adopta os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do *acto legislativo*, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses *determinantes* da lei, aos interesses *causais*. (HECK, 1947, p. 10).

Para Heck (1947, p. 98-99), a premissa maior, no silogismo da decisão judicial, é construída pelo órgão jurisdicional em dois momentos: primeiro, conhecem-se historicamente os comandos legais existentes e os interesses legislativos; em seguida, trabalham-se as informações dessa natureza obtidas de maneira que se forme o comando necessário a decidir.

Esse esforço, no entanto, *ainda* se pode revelar *bastante superficial*:

O juiz pode ir até ao ponto de se desviar de certo comando legal particular, considerado tanto na sua letra, como mesmo na imagem final da ideia legislativa do seu conteúdo. *Mas só o pode fazer para obedecer à vontade normativa, isto é, aos interesses [imediatos] que o legislador procurou satisfazer*, tanto por meio daquele comando particular, como por outras formas. (HECK, 1947, p. 230).

Ética, no dizer de Adeodato (2007, p. 121), é, “além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ conduta, a teoria do conhecimento e *realização* desse desiderato”, incluindo-se nela (ética) “não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que *hoje* se chamam o político e o *jurídico*” (ADEODATO, 2007, p. 122). Tal inclusão não significa que normas morais, políticas e jurídicas sejam indistintas, antes (tal inclusão) lhes (das normas morais, políticas e jurídicas) revelando a origem comum, a imprecisão dos limites traçados para as separar e a *semelhante função social* (ADEODATO, 2007, p. 122). As diversas tentativas, na era moderna, de separar moral, política e direito por seu isolamento de *bases éticas comuns* não visam, segundo Adeodato (2007, p. 122), senão “apoiar a emergente *autonomia do Estado* por meio de uma *instrumentalização* do direito”. Essa separação, porém, “só é possível como *artifício* metodológico e pragmático” (ADEODATO, 2007, p. 122). As *decisões éticas*, “destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, *não* podem ser encontradas por procedimentos *descritivos*, como querem alguns, mas têm de ser *prescritas*”, o que *veda* “argumentar em termos de uma *verdade, seja ela qual for*” (ADEODATO, 2007, p. 122).

A ética *não autoriza* decisões *fáceis* baseadas nas normas *legisladas*, quando uma solução *satisfatória* só se obtenha por meio de uma *aprofundada*

pesquisa no ordenamento jurídico (CORDEIRO, 2007, p. 1.172). Como sustenta Canaris (1996, p. 75), a tarefa do pensamento *teleológico* é, “uma vez *legislado* um valor (*primário*), pensar *todas* as suas *consequências* até o *fin*”. Valor que, a propósito, deve estar entre os (valores) “fundamentais mais profundos” (os quais permitem a “descoberta do *sistema teleológico*”, inalcançável quando se para nas “decisões de conflitos” e nos “valores *singulares*”), apurando-se assim, “por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante” (CANARIS, 1996, p. 77). Rejeitada, no entanto, uma verdade qualquer que seja, esse valor não é senão, com uso de palavras adeodatianas, “produto das *preferências* e experiências humanas dentro do processo *histórico*” (ADEODATO, 1996, p. 142-143). A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), a propósito, afirma *expressis verbis* que o juiz, na aplicação da lei, “atenderá aos fins *sociais* a que ela se dirige”.

Tome-se o exemplo de uma enchente que haja atingido um pequeno município do interior brasileiro e feito desaparecer, para o sujeito passivo tributário e a Fazenda Pública, os documentos comprobatórios do pagamento de um tributo. Esta (Fazenda Pública) inscreve o crédito em dívida ativa e promove a execução em face daquele (sujeito passivo tributário), conquanto repute possível a primeira que o segundo, como vem este a alegar em juízo, tenha-o pagado. São igualmente verossimilhantes as alegações formuladas pelas partes (crédito da Fazenda por pagar, de um lado, e, do outro, pagamento pelo sujeito passivo). Ainda que se admita a prova do pagamento (que, em princípio, é documental – arts. 320, 321, 324, *caput*, do CC/BR) por testemunhas (arts. 401 e 403 do CPC/BR⁴⁰), suponha-se que, como é usual em se tratando do pagamento de tributos, não as há. Nessa hipótese, deve-se aplicar não a regra do art. 333, II, do CPC/BR (ônus da prova a quem alega fato extintivo da obrigação), mas a do interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente: se o *direito tributário nasce para a proteção jurídica do sujeito passivo tributário*, sobrepõe-se, pois, *por teleologia do direito substantivo e não por preferência judicial*, no desate do impasse probatório extraordinário, o interesse jurídico do devedor tributário ao (interesse) da Fazenda Pública credor,

⁴⁰ Contra, ante a presunção de certeza da dívida cujo título embasa a execução, cf. REsp 424.621/ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 241, e REsp 119.432/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 12/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 30941.

não se tratando, *in casu*, de mera analogia (art. 108, I, do Código Tributário Nacional brasileiro [doravante CTN] c/c art. 55, par. 3º., da Lei 8.213/1991) ou equidade (art. 108, par. 2º., do CTN), ausente princípio pertinente geral de direito tributário ou público (art. 108, II e III, do CTN) e inadequado o emprego de princípio geral de direito privado (art. 109 do CTN), este (princípio), de qualquer modo, outrossim ausente.

Não se dirá ter aqui havido uma presunção *hominis* de pagamento pelo sujeito passivo tributário à Fazenda Pública, senão *legal* (ainda que *não no sentido que habitualmente se lhe atribui*), já que a presunção encontra esteio na *preferência previamente assentada no direito substantivo*.

Por sua vez, é preciso que a impossibilidade concreta de prova não possa ser imputada a qualquer das partes. Deste modo, o recurso ao interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente é subsidiário à regra que impõe o ônus da prova a quem, com sua própria conduta, dificultou-a.

Diferente a resposta, se de credor e devedor regidos por direito que *não protege especialmente* nenhum dos dois (inclusive por inversão do ônus da prova *ope legis* ou *judicis*– v.g. respectivamente arts. 38 e 6º., VIII, do CDC) se tratasse. Nesta hipótese, aplicar-se-ia *diretamente* a regra geral do art. 333, II, do CPC/BR, onerando-se o segundo (devedor) com a prova do fato extintivo do direito do primeiro (credor). O interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente, na impossibilidade probatória concreta não provocada pelas partes, é, logo, o *último recurso* de que *eventualmente* dispõe o julgador antes da aplicação da regra do ônus (*objetivo*) da prova, a qual regra passar a ser adequada *somente* quando (A) a parte não se desincumbe, *podendo* tê-lo feito, do referido ônus ou, (B), *não* o podendo, inexistente direito *material* que a privilegie em face da (parte) adversa.

Não se pode confundir, enfim, a regra do interesse jurídico axiologicamente prevalecente com uma de ônus da prova como regra de julgamento. No emprego daquela como no desta, inexistente prova que ampare o interesse de qualquer das partes, nem a alguma destas favorece a verossimilhança. As normas concernentes ao ônus da prova, contudo, têm como possível que o onerado, salvo culpa sua mesma, prove o fato (MARQUES, 2011, p. 30), diversamente do que ocorre quando é preciso recorrer ao interesse jurídico axiologicamente prevalecente, em que a prova de um fato é, sem que para isso tenham contribuído as partes, pelo juiz reconhecida, no caso concreto, impossível.

6. CONCLUSÃO

No transcurso da mudança, na processualística civil, do paradigma da verdade para o da verossimilhança, aceita-se, ainda, a verdade dita real, mas como meta apenas e desde que admitido poder ela apenas com limitações ser atingida, o que implica a suficiência do verossímil para a convicção judicial que embasa a decisão, de maneira que devem as partes observar, agindo sempre com licitude e boa-fé, as oportunidades para a prova.

Nos casos em que, no processo, a verossimilhança das alegações contrárias se equivalha, deve-se, antes do recurso às regras de ônus objetivo da prova, perquirir, havendo impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que interesse, enfocado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.

7. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.

BRUSKE, Frank. *Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflicht – Verletzungen im Bankrecht*. Berlin : Duncker & Humblot, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2a. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1995.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Proust et les signes*. 4ª. ed. Paris: PUF, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6ª. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2011, v. 2.

EKELÖF, Per Olof. Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, v. 75, n. 5, p. 289-301, set. 1962.

EKELÖF, Per Olof. *Rättegång*. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners, 1968, v. 4.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo : Saraiva, 1947.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. 2a. ed. rev. ampl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: Jus Podium, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em busca de critérios para a conceituação do tempo razoável de duração do processo. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011, p. 37-71.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2ª. ed. ampl. Chicago: University of Chicago, 1991.

LECHNER, Norbert. Sobre a incerteza. *Novos estudos CEBRAP* [Centro Brasileiro de Análise e Planejamento], São Paulo, n. 17, p. 59-61, maio 1987.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: [s.n.], 1940, v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *A prova*. 2^a. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do código revisto*. 3^a. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa:: AAFDL, 1986.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 3^a. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução do processo civil*. Lisboa: Lex, 1993.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 1998.

WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr, 1979.

CONTEÚDO ESSENCIAL E PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO DE CASO

Tiago Antunes de Aguiar

Juiz Federal

RESUMO: O texto trata de um estudo de caso envolvendo a restrição do Direito Fundamental ao livre exercício da profissão em face da atividade Estatal legislativa, abordando-se sucintamente as teorias do conteúdo essencial e do critério ou princípio da proporcionalidade como tentativas dogmáticas de justificar restrições a direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O estudo de caso. 3. Intervenção estatal e reserva legal. 4. Conteúdo essencial do direito fundamental e proporcionalidade. 5. Conclusões. 6. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais, Restrições, Conteúdo essencial, Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado Democrático, como produto do embate ou do diálogo de diferentes representantes dos mais diversos grupos sociais, consagra valores e ideias muitas vezes antagônicas, os quais se refletem no conteúdo dos direitos fundamentais nela contidos. Tal circunstância

evidencia que há casos concretos de colisão de direitos fundamentais, além de intervenções do poder público na área de proteção de um direito fundamental em prol do interesse público.

Neste sentido, não existe direito fundamental absoluto, uma vez que a restrição do seu conteúdo deverá acontecer para garantir o exercício de outro direito também de ordem constitucional, a exemplo de conflitos nas áreas de proteção do direito a liberdade de informação e do direito a intimidade e a privacidade (direitos de personalidade), ou para atender um interesse público (direito coletivo ou social).

O presente trabalho circunscrever-se-á a analisar o julgamento, em 26/10/2011, do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS¹, no qual se enfrentou a constitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), trazendo à discussão elementos para a justificação constitucional do citado dispositivo de lei em restringir o direito ao livre exercício de profissão, previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao se exigir a aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil como condição para o exercício da advocacia.

Definir qual o limite da restrição do direito fundamental pelo legislador (o limite do limite) é questão que atormenta a hermenêutica constitucional, na tentativa da construção de um discurso racional que o justifique. O presente trabalho fará breves digressões (tendo como referência o caso citado) na teoria do conteúdo essencial do direito fundamental e, principalmente, a respeito do princípio ou critério da proporcionalidade como construções dogmáticas que pretendem atingir tal objetivo.

2. O ESTUDO DE CASO

O autor da demanda objeto do Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS pleiteou, em controle difuso de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), os quais condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados à aprovação em exame de conhecimentos

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012.

jurídicos e delegam à referida autarquia a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, considerou constitucionais todos os dispositivos legais combatidos, conforme ementa a seguir transcrita:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau.

ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 8, inciso IV, da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.²

A tônica do aludido julgamento foi a justificação constitucional da intervenção legislativa estatal (ao estabelecer como condição para o exercício da advocacia a aprovação em exame promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil) no direito fundamental do livre exercício de profissão.

Sinteticamente, podemos elencar como fundamentos dos votos dos Ministros da Corte Constitucional para concluir pela constitucionalidade da medida restritiva a alusão de que a lei concretiza uma reserva legal qualificada que não suprimiu o conteúdo (núcleo) essencial do direito fundamental ao livre exercício da profissão, bem como se mostrou a intervenção (limitação) proporcional.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012.

3. INTERVENÇÃO ESTATAL E RESERVA LEGAL

A intervenção do Estado mediante a edição um ato normativo ou pela sua simples ação ou omissão pode atingir a área de proteção de um direito fundamental que, para não ser considerada inconstitucional, deverá ser justificada constitucionalmente.³

Segundo MARTINS, as intervenções estatais permitidas consistem em ações ou omissões que não atingem a área de proteção do direito fundamental ou em restrições ao direito fundamental justificadas constitucionalmente pelo critério da proporcionalidade. Conforme o citado autor:

“Em síntese, uma intervenção será permitida, porque justificada constitucionalmente, em três casos:

a) Quando o comportamento não se situa na área de proteção do respectivo direito (exemplo: reunião de pessoas armadas). Neste caso, não temos uma intervenção em sentido técnico-jurídico e dogmático, vez em que a ação do Estado não recai sobre um comportamento individual ou coletivo abrangido pela área de proteção de um direito fundamental. A ação do Estado não chega a configurar uma intervenção na área de proteção, não encontrando nenhum óbice normativo, sendo *ab initio* permitida. Neste caso, os conceitos de permissão e justificação constitucional não são idênticos como nos demais casos;

b) Quando uma norma infraconstitucional restringir o direito fundamental de forma *a priori* permitida pela Constituição. Como exemplo, tem-se que para exercer a profissão de advogado, o bacharel em Direito e titular do direito ao livre exercício de qualquer profissão deve ser submetido a exames especificados em lei. Neste caso, a intervenção está sendo “coberta” pela norma infraconstitucional em pauta e poderá restar, no final da avaliação de constitucionalidade dessa norma infraconstitucional (controle abstrato)

³ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 26.

e de sua aplicação no caso concreto (concretização/controlado concreto), justificada constitucionalmente e, conseqüentemente, permitida;

c) Quando dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral entrarem em conflito. Exemplos: a polícia proíbe uma reunião para possibilitar o exercício da liberdade de locomoção; o diretor de um presídio abre a correspondência dos detentos por razões de segurança pública. Nestes casos, o comportamento proibido situa-se na área de proteção, porém sua proibição ou limitação pode vir a ser constitucionalmente justificada pela existência de um conflito de normas. Seu pressuposto é a atividade legiferante infraconstitucional do Estado que, ao perseguir a proteção de bens jurídicos constitucionais, acaba tendo que limitar o exercício de um direito fundamental. A limitação se dá pela intervenção pontual na área de proteção de um direito fundamental atingido que também terá de ser justificada constitucionalmente com a utilização do critério ora tratado.⁴

No que pese a supremacia constitucional dos direitos fundamentais, o legislador pode restringir seu conteúdo, sobretudo quando a Constituição prevê a possibilidade de tal limitação, o que se denomina pela doutrina de Reserva Legal.⁵

A reserva legal é dita plena ou absoluta, quando a lei remete de forma genérica que o direito será exercido “nos termos da lei” ou “na forma da lei”, como no caso do direito a livre locomoção em tempo de paz no território nacional, previsto no inciso XV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Temos a reserva legal limitada ou qualificada quando a CRFB indica qual o meio a ser utilizado ou qual a finalidade da limitação do direito que a lei pode estabelecer, como na hipótese de restrição do sigilo telefônico (art. 5º, inciso XII) em que a lei só poderá limitá-lo com a finalidade de investigação criminal. A doutrina indica, por fim, a reserva legal indireta ou tácita, nas hipóteses em que a

⁴ *ibidem*, p. 27.

⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 373.

Constituição não se refere diretamente a lei para o exercício do direito, mas há a necessidade que uma lei intervenha para fixar as condições do seu exercício (ex. art. 5º, inciso LXXV).⁶

O inciso XIII do artigo 5º da CRFB ao estabelecer que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, traz uma hipótese de reserva legal qualificada, sendo o parâmetro para analisar o limite da restrição do direito fundamental pelo legislador, a finalidade constitucional de se garantir uma qualificação ao profissional titular do direito.

A respeito da temática da restrição do exercício do direito fundamental ao livre exercício da profissão pela reserva legal, transcreve-se parte do voto do ministro Luiz Fux, proferido no caso em estudo:

Na escorreita lição de JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (*Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297 e seguintes), os “limites dos limites” são “pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos”. Dessa forma, é da própria configuração constitucional da liberdade de ofício a possibilidade de sua restrição, cabendo apontar como parâmetros para essa limitação, a exemplo do que se dá no constitucionalismo alemão, a (i) *reserva de lei*, (ii) a observância da *proporcionalidade* e (iii) a *proibição de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental*. No que concerne à reserva de lei, percebe-se que se trata daquilo que, em sede doutrinária, o Min. GILMAR MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234 e seguintes)

⁶ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 28-29.

denomina **reserva legal qualificada**: a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal, e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto.⁷

No mesmo sentido, observe-se parte do voto do ministro Gilmar Mendes, no mesmo julgamento:

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 dispõe que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca *reserva legal qualificada*. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo. (...)

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e à proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, p. 2.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.⁸

Dessa forma, em uma análise inicial de presunção de constitucionalidade da lei, os artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) representam uma intervenção estatal permitida na área de proteção do direito fundamental ao livre exercício da profissão, quando a norma infraconstitucional restringe o direito fundamental de forma *a priori* permitida pela Constituição, mediante a reserva legal. Entretanto, para que tal restrição produzida pelo legislador seja justificada constitucionalmente ela deverá passar pelo limite material do princípio ou critério da proporcionalidade e, para parte da doutrina e conforme entendimento do STF no caso em estudo, não violar o conteúdo essencial do direito fundamental.

4. CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL E PROPORCIONALIDADE

Como limite à restrição dos direitos fundamentais pelo legislador, parte da doutrina desenvolveu a teoria ou princípio de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Tal princípio pretende que lei, em nenhum caso, possa restringir o direito fundamental a tal ponto que suprima o seu conteúdo ou núcleo essencial.

Observe-se, neste ponto, que no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS vários votos dos ministros do STF fazem referência ao núcleo essencial do direito fundamental a liberdade de profissão como

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, p. 3-4.

limite à intervenção estatal da Lei nº 8.906/94, conforme acima transcrito.

A ideia do limite ao núcleo essencial do direito fundamental surge a partir da interpretação do artigo 19 II da Lei Fundamental Alemã, a qual prevê que “em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial”⁹

Entretanto, conforme alerta MARTINS, tal dispositivo teria dado azo a teorias pouco fundamentadas dos direitos fundamentais, uma vez que “o problema reside em saber o que seria esse conteúdo essencial de um direito fundamental e a definição da medida estatal capaz de atingi-lo.”¹⁰

Analisando o mesmo tema, MARMELSTEIN afirma que:

Jane Pereira defende, a meu ver, que a ideia de conteúdo essencial desempenha uma função argumentativa subsidiária no controle das restrições aos direitos fundamentais. Assim, tal conceito deve ser utilizado como um instrumento argumentativo-retórico que joga a favor do direito no processo de ponderação, “não ostentando, porém, um significado normativo autônomo” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.510)

Nessa perspectiva, a proteção do núcleo essencial seria, por assim dizer, um mero cosmético argumentativo, utilizado principalmente para embelezar o discurso jurídico.¹¹

Arremata, por fim, o mesmo autor:

É importante observar que a proteção ao núcleo essencial é uma ferramenta argumentativa contra leis que restrinjam direitos fundamentais. Nenhuma lei pode, abstratamente, restringir um direito fundamental a tal ponto que seu conteúdo fique completamente esvaziado.

⁹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 30.

¹⁰ *ibidem*, p. 30.

¹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 402.

Isso não impede, contudo, que, em situações concretas, diante de circunstâncias específicas, o Judiciário, ao sopesar valores em conflito, possa afastar por completo um direito fundamental, atingindo, obviamente, seu núcleo essencial. Essa situação nunca será a ideal, mas, em dadas situações, será inevitável, como já visto anteriormente.

Além disso, em situações bastante peculiares, até mesmo a lei poderá eventualmente atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais. Há determinados direitos cuja limitação sempre implicará uma restrição total. É o caso, por exemplo, do direito à vida. Quando a Constituição prevê a pena de morte em caso de guerra está atingindo o próprio núcleo essencial do direito à vida. Quando o Código Penal brasileiro autoriza a realização de aborto em caso de gravidez que possa resultar em risco a vida da gestante está autorizando uma restrição total do direito à vida do feto. Não há com limitar apenas parcialmente o direito à vida.

Por isso, pode-se dizer que o princípio da proteção ao núcleo essencial deve ser sempre associado ao princípio da proporcionalidade. Se uma lei que restringe determinado direito fundamental é proporcional, então será válida, mesmo que, eventualmente, atinja o núcleo essencial de um direito.¹²

No que pese a fragilidade do princípio do núcleo essencial para impor limites a intervenção estatal, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado deste na análise da constitucionalidade de leis, ainda que associado a análise de compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, como defende MARMELSTEIN, consoante se observa dos trechos dos votos transcritos acima. Confira-se, ainda, a seguinte passagem do voto do ministro Marco Aurélio, relator do recurso extraordinário em estudo:

No fundo, o principal argumento do recorrente é a desproporcionalidade da exigência contida no artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906/94. Isso porque alega, em síntese, que o exame não se presta à finalidade para a

¹² *ibidem*, p. 405.

qual foi instituído, um problema de adequação. (...) A esta altura, posso adiantar o entendimento de que o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício.¹³

Sobre o tema do princípio da proporcionalidade cabe, de início, destacar que este não se confunde ou se limita com a mera exigência da razoabilidade da intervenção estatal ao restringir o direito fundamental.

O princípio da razoabilidade tem origem no direito norte-americano, fundado no direito ao devido processo legal material (*substantive due process*).¹⁴ Este deve ser entendido como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se verificar se atendem ao princípio superior da Justiça. “É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”¹⁵

O princípio ou critério¹⁶ da proporcionalidade tem como elementos: a) a adequação, que exige que os meios eleitos pelo Estado sejam adequados para atingir os fins; b) a necessidade ou vedação de excesso, que impõe que o meio eleito para a intervenção estatal seja o menos gravoso para o cidadão

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, p. 8.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224; MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp 376, 380.

¹⁶ Sobre o tratamento da proporcionalidade como critério confira-se: MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp.17-18; 24. Sinteticamente, o autor alude à teoria de Robert Alexy da diferenciação das normas jurídicas como regras ou princípios, podendo os princípios ser mais ou menos concretizados, enquanto as regras obedecem a dicotomia: regra cumprida/regra descumprida, tudo ou nada. A proporcionalidade é classificada, neste contexto, como uma regra, consistindo em um **critério** decisório para a avaliação de constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais, cuja aplicação pressupõe, dogmaticamente, um processo trifásico: a) análise da área de proteção do direito fundamental supostamente restringido ou violado; b) análise da intervenção estatal; c) análise da possibilidade de justificação constitucional da intervenção estatal, quando o critério da proporcionalidade será utilizado como limite desta intervenção.

para atingir o fim pretendido, de modo que se for possível demonstrar que existem outras medidas mais suaves e tão efetivas como a eleita pelo poder público, a restrição ao direito fundamental será inconstitucional por não passar pelo crivo da proporcionalidade; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, significando a relação de custo-benefício da medida eleita pelo poder público, de modo que o ganho obtido com esta deve ser necessariamente maior do que o prejuízo suportado pelo indivíduo ou coletividade.¹⁷

A despeito de BARROSO¹⁸ e grande parte da doutrina brasileira afirmarem que o princípio da proporcionalidade encontra sua origem a partir da norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito, parece-nos mais aprofundadas as lições de MARTINS¹⁹ ao afirmar que o critério da proporcionalidade tem fundamento na vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Alude, neste particular, que a partir de uma decisão da década de sessenta do Tribunal Constitucional Alemão, na qual se afirmou que a proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”, GRABITZ afirmaria em 1973 que esta é derivada do princípio do Estado de Direito, o que é repetido acriticamente por grande parte da literatura brasileira indistintamente.

Entretanto, a ideia de Estado de Direito é insuficiente para fundamentar a análise de proporcionalidade da intervenção estatal, uma vez que garante apenas a exigência de observância da legalidade dos atos administrativos e, no máximo, a necessidade formal de reserva legal para a intervenção nos direitos fundamentais, não se atendo ao conteúdo da intromissão.²⁰

Conforme, ainda, MARTINS, os contornos dogmáticos precisos do critério da proporcionalidade como hoje trata a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão resulta dos estudos da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (a exemplo das obras de SCHLINK e LERCHE), a qual encontra previsão do artigo 1 III da Lei Fundamental Alemã. Tal vínculo significa que o legislador deve obedecer, quanto ao conteúdo da norma, a

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 229.

¹⁸ *ibidem*, p. 237.

¹⁹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 18.

²⁰ *ibidem*, p.18.

proibição do exagero (excesso), ainda que possa formalmente (atendendo o princípio do Estado de Direito) limitar o direito fundamental.²¹

Apesar da diferença conceitual dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, BARROSO²² e grande parte da doutrina pátria, como, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Melo²³, bem como alguns julgados do STF²⁴, utilizam o nome de um ou outro princípio indistintamente na análise da produção de normas pelo Estado, a fim de se verificar a simples razoabilidade na relação entre os motivos (circunstâncias de fato), os meios eleitos pelo legislador ou administrador e os fins pretendidos.

MARTINS aponta, inclusive, neste ponto, que tal imprecisão técnica se deve, em parte, pela recepção do conceito de proporcionalidade pela doutrina e jurisdição constitucionais portuguesas que o misturaram a ideia de razoabilidade da *common Law*, cujo resultado é uma construção eclética que reúne elementos de duas tradições jurídicas antagônicas quanto as suas fontes de direito.²⁵

Atente-se que no caso em estudo, apesar do Ministro Marco Aurélio, por exemplo, ao delinear os elementos da proporcionalidade, acaba por misturar os conceitos tal como discorrido acima. Senão, vejamos:

(...) consigno que o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos

²¹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp. 18-19; 40-41.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 229, 236-237.

²³ CF. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 56/57.

²⁴ CF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 635.023 / DF. Órgão Julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13.12.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730429>. Acesso em 18/11/2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n.º 1063/ DF. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello *apud* MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 375.

²⁵ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp. 20-21; 41.

relativos à má operação do Direito. O quadro social antes descrito revela a adequação da exigência do exame da Ordem à realidade brasileira. (...)

O subprincípio da vedação do excesso, normalmente traduzido na expressão “não se abatem pardais disparando canhões”, atribuída ao jurista alemão Jellinek, envolve a análise dos meios alternativos à medida restritiva, impondo ao poder público que escolha o menos gravoso aos direitos fundamentais. (...)

À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a gestão pública, forçando a opção pelos meios menos gravosos e, na maior parte das vezes, menos eficazes. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetro de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso. (...)

Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito requer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição ao direito fundamental. É dizer: o perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do artigo 5º da Carta? A resposta é positiva, por um conjunto de razões. (...)

A possibilidade de perigo gerada pela atividade profissional justificará, ou não, a atividade interventiva estatal limitando o acesso à profissão ou o respectivo exercício. Quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Por contraposição lógica, se não existe risco, é inadmissível qualquer restrição. (...)

Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que

o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.²⁶ (destaques não são do original)

Já o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do caso em estudo, trata o tema da proporcionalidade sem confundir seu conceito com o de razoabilidade:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, pp. 9-12; 17.

pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*). Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade. (...)

A doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, à engenharia, à advocacia e à magistratura, entre outras várias.²⁷

Por fim, deve ser ressaltada a observação de MARTINS de que a proporcionalidade em sentido estrito não deve, em regra, fazer parte da análise da constitucionalidade da restrição do direito fundamental, por ser de racionalidade duvidosa, ao sugerir um modelo de balança (ponderação de valores ou bens jurídicos). Tal análise de ponderação pelo Poder Judiciário violaria o princípio de separação de funções estatais e o princípio democrático, pois ponderar é tomar decisões políticas e não jurídicas. Implicaria, ainda, em uma hierarquização axiológica dos direitos fundamentais que não existe, ante a “mesma dignidade normativo-constitucional dos bens jurídicos constitucionais”, tendo em conta que sua hierarquização concreta faz parte da política (atribuição do legislador ordinário constitucionalmente competente e democraticamente legitimado para fazê-lo).²⁸

Segundo o mesmo autor, os critérios da adequação e necessidade seriam suficientes para a análise da proporcionalidade da intervenção estatal no

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, pp. 6 e 13.

²⁸ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp. 36-37.

direito fundamental, sendo admissível o critério da proporcionalidade em sentido estrito excepcionalmente quando os critérios da adequação e necessidade não forem suficientes, o que não se constata na maioria dos casos em que a justificação constitucional da intervenção é resolvida pelo critério da necessidade. Tal entendimento, inclusive, é comungado por SCHLINK e representa a orientação atual do Tribunal Constitucional Alemão.²⁹

Quando a restrição se dá apenas em um direito fundamental em função de um interesse público, o prejuízo a liberdade individual é muito reduzida se considerarmos os interesses coletivos, sociais consagrados. Por outro lado, problemas de difícil solução são aqueles que envolvem a colisão de direitos fundamentais, pois haveria a possibilidade da necessidade de duas intervenções estatais, uma em cada direito conflitante, quando a proporcionalidade em sentido estrito seria admissível, uma vez constatada a insuficiência dos critérios da adequação e necessidade.³⁰

5. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo o legislador restringir seu conteúdo no intuito de preservar um princípio de interesse público, sobretudo quando o texto constitucional prevê a limitação do exercício destes direitos, mediante a utilização do instituto da reserva legal, utilizando-se, por exemplo, de expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei” ou “atendidas as qualificações que a lei estabelecer”.

O artigo 5º, inciso XIII, da CRFB ao dispor que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” contém uma reserva legal limitada ou qualificada, a qual ocorre quando a Constituição indica qual o meio a ser utilizado ou qual a finalidade da limitação do direito que a lei pode estabelecer.

Neste caso, a lei só pode limitar o livre exercício do trabalho com a finalidade de elencar meios para garantir “as qualificações profissionais”, visando evitar riscos de dano à coletividade no exercício por trabalhadores desqualificados de determinadas profissões que tenham riscos potenciais, a exemplo de profissionais da medicina e demais profissões ligadas à área

²⁹ *ibidem*, p. 38.

³⁰ *ibidem*, p. 38.

de saúde, à engenharia, à advocacia e à magistratura, dentre outras a serem avaliadas no caso concreto, consoante julgamento do Supremo Tribunal Federal no n.º 603.583/RS.

Apesar da CRFB prever uma reserva legal para a limitação do direito fundamental ao livre exercício da profissão (autorizando formalmente sua restrição pelo legislador), a intervenção no direito fundamental não é ilimitada, havendo um limite material a ser verificado sobretudo pela análise do princípio ou critério da proporcionalidade, no que se denomina de reserva legal proporcional, além de parte da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal aludir ao limite de restrição que não atinja o conteúdo essencial do direito fundamental.

O princípio de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais pretende que lei, em nenhum caso, possa restringir o direito fundamental a tal ponto que suprima o seu conteúdo ou núcleo essencial. A fragilidade de tal conceito reside em se determinar o que seria esse conteúdo essencial de um direito fundamental e a definição da medida estatal capaz de atingi-lo, razão pela qual sua utilização na análise da constitucionalidade da lei que restringe um direito fundamental acaba por se transformar em mero argumento de retórica.

O princípio ou critério da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, tendo como fundamento a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, a qual encontra previsão do artigo 1 III da Lei Fundamental Alemã. Tal vínculo significa que o legislador deve obedecer, quanto ao conteúdo da norma, a proibição do exagero (excesso), ainda que possa formalmente (atendendo o princípio do Estado de Direito) limitar o direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade, conforme grande parte da doutrina brasileira e entendimento do STF, tem como elementos: a) a adequação, que exige que os meios eleitos pelo Estado sejam adequados para atingir os fins; b) a necessidade ou vedação de excesso, que impõe que o meio eleito para a intervenção estatal seja o menos gravoso para o cidadão para atingir o fim pretendido; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, significando a relação de custo-benefício da medida eleita pelo poder público, de modo que o ganho obtido com esta deve ser necessariamente maior do que o prejuízo suportado pelo indivíduo ou coletividade.

Leonardo Martins, lastreado no entendimento de SCHLINK e na

orientação atual do Tribunal Constitucional Alemão, observa que a proporcionalidade em sentido não deve, em regra, fazer parte da análise da constitucionalidade da restrição do direito fundamental, por ser de racionalidade duvidosa, ao sugerir um modelo de ponderação de valores ou bens jurídicos, que acaba por tornar a decisão do juiz uma decisão tecnicamente política e não jurídica, violando o princípio da separação de funções.

Parece-nos que, de fato, a maioria dos casos envolvendo a análise de constitucionalidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais (como no caso em estudo da restrição pela Lei nº 8.906/94 da liberdade de exercício de profissão) é elucidada com a análise tão somente dos critérios da adequação da medida ao fim pretendido e da necessidade de verificação se o meio eleito pelo legislador foi o menos gravoso, dentre todos os possíveis dentre aqueles que tenham a mesma efetividade do meio escolhido.

O princípio ou critério da proporcionalidade parece-nos ser o método dogmático mais seguro e racional para a verificação de constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais pelo poder público, a despeito da subjetividade ser inerente a toda atividade de interpretação do juiz, que não pode ser considerado um ser asséptico, desvinculado dos problemas da comunidade e desprovido de ideias próprias, sobretudo quando o caso concreto envolva direitos fundamentais. Neste ponto, ainda que o interprete (juiz) utilize na análise de constitucionalidade da intervenção estatal apenas os critérios da adequação e da necessidade, haverá sempre uma cognição subjetiva inerente as concepções políticas e ideológicas do julgador, sendo a racionalidade plena (neutralidade) inalcançável e indesejável.

6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 635.023 / DF. Órgão Julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13.12.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730429>. Acesso em 18/11/2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012.

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Minion Pro, corpo 12 e 18, sendo a tiragem de
350 exemplares,
capa impressa em Cartão Supremo 250 gr/m² e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m².

Produzido no Parque Gráfico da
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,
em outubro de 2013.

Fone: (81) 3183.2700 - Fax: (81) 3183.2747

E-mail: orcamento@cepe.com.br