



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Clara Gabriela Dias Rodrigues

Membros

Amanda Pinto Wingerter Barros
Anna Beatriz Lacerda Raposo
Fernando Henrique Calado Vieira
Gabriela Revoredo P. da Costa
Júlia Yanina M. de Azevedo
Juliana Bezerra Fernandes
Lucas Dias de Queiroz
Maria Clara Ribeiro D. Bezerra
Ramón Henrique Nogueira
Vanessa de Azevedo Matoso

CONSELHO EDITORIAL

Ana Beatriz Ferreira Rebello
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Anna Emanuella Nelson dos Santos C. da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Claudia Vechi Torres
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Felipe Arady Miranda
Francisco Barros Dias
Francisco De Sales Matos
Henrique Batista de Araújo Neto
Humberto Lima de Lucena Filho
Ingrid Zanella Andrade Campos

Ivan Lira de Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara
José Araújo da Silva
José Miqueias Antas De Gouveia
Karoline Lins Câmara Marinho
Keity Mara de Souza e Saboya
Leonardo Martins
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Maria dos Remédios Fontes Silva
Mariana de Siqueira
Marise Costa de Souza Duarte
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacílio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Raoni Macedo Bielschowsky
Ricardo Tinóco de Góes
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay
Thiago Oliveira Moreira
Victor Rafael Fernandes Alves
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walter Nunes da Silva Júnior
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcius de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Zéu Palmeira Sobrinho

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosario

Chefe do Departamento de Direito Privado

Thiago Oliveira Moreira

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

400 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 19, n. 35 (jan./jun. 2014).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

**Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br**

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL 05

PREFÁCIO 07

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA 15

Vanessa Gonçalo Guedes

A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E A AFETIVA: A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE 37

Maria Rafaela de Medeiros Cruz

A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NÃO FUNDADA EM EXAME DE DNA 51

Débora Daniele Rodrigues e Melo

Lucas Afonso Sousa e Silva

A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO SER PARTE LEGÍTIMA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO 69

Juliana Rodrigues Luciano de Azevedo

Vinícius Dantas Garcia

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O PROBLEMA DA PROVA SUPERVENIENTE NA PERSPECTIVA DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO 85

Izabela Walderez Dutra Patriota

Marcus Vinicius Menezes de Melo

ALIENAÇÃO PARENTAL: UM NOVO CONCEITO 105

Marcelo Henrique de Oliveira Costa

Maryane Pereira Damasceno

DIREITO À SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL ASSISTIDA POST MORTEM 121

Bruna Rosa Corrêa

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO VIA DESPESA PÚBLICA: O PAPEL DO PLANO PLURIANUAL 141

Julyana Araújo Marinho Fernandes

O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO 159

Edyllânison Pereira do Nascimento

Heitor Marinho de Farias

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE RECEPTIVA COMO INSTRUMENTO DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO ÂMBITO DO GASTO PÚBLICO 175

Ivana Souto de Medeiros

[ARTIGO CONVIDADO] A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A PRISÃO POR DÉBITO FISCAL COMO MEIO DE COERÇÃO DO CONTRIBUINTE 197

Igor Fonseca Brito

[ARTIGO CONVIDADO] O MINISTÉRIO PÚBLICO SOCIAL E AS DECISÕES ESTRUTURAIS NO BRASIL 213

Marcus Aurélio de Freitas Barros

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO 237

Editorial

Após um semestre de árduo trabalho e dedicação, encerramos mais um ciclo da Revista Jurídica In Verbis, que completa, agora, seus dezenove anos de existência no meio acadêmico.

Não por menos, esta é uma edição comemorativa. Celebramos os dezenove anos de idade de um Periódico idealizado e concretizado tão somente por estudantes do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, que permanece até a atualidade como exemplo de qualidade e competência. Para mantermos esse patamar alcançado, aliamos dois conceitos que aparentemente se contradizem, mas que, em verdade, somam-se: Tradição e Inovação.

Resguardamos, ao longo desses anos de vivência, a tradição de selecionar apenas os melhores artigos que são submetidos ao nosso crivo para compor as edições da Revista In Verbis. Nessa difícil tarefa, contamos com o apoio do nosso Conselho Editorial, bem como utilizamos o sistema de avaliação cega por pares. Com essa articulação garantimos que o nosso processo de seleção seja ainda mais seguro e justo, prezando sempre pela imparcialidade nos resultados.

Nessa comissão, inovamos ao trabalhar na inserção do Periódico no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), tarefa realizada em conjunto com o CONSEJ, a quem agradecemos. Inovamos, ainda, na busca pela ampliação de padrões do Sistema Qualis de avaliação de periódicos científicos, e na atualização de nosso site, que conta com as edições da Revista In Verbis digitalizadas. Assim, proporcionamos uma maior facilidade no contato com o saber jurídico, que, por sua vez, concretiza o nosso objetivo de difundir o tal conhecimento.

Por se tratar, como mencionado alhures, de uma edição

comemorativa, contamos com um artigo produzido por um advogado, parceiro e patrocinador de nosso Periódico. Assim, é com grande satisfação que inauguramos, nesta comemoração de dezenove anos de idade, um novo espaço no interior da Revista Jurídica In Verbis: um ambiente destinado a publicações daqueles que já atuam da área de Direito. Desse modo, percebe-se que o saber jurídico proporcionado por nossos articulistas se torna mais amplo e denso.

Contudo, a grande inovação desta edição é a retomada da nossa história. Nesse sentido, dois dos fundadores deste Periódico - Kelps de Oliveira Lima e Marcus Aurélio de Freitas Barros - remontarão o caminho percorrido pela Revista In Verbis, perpassando pela sua criação e chegando, finalmente, até o patamar de sucesso em que hoje ela se encontra. Neste ínterim, não podemos olvidar de prestigiar o professor Fabiano André de Souza Mendonça que, na posição de membro fundador, nos auxilia como membro do Conselho Editorial da Revista.

Nesse contexto de retomada histórica de nossas origens, não poderíamos esquecer da primeira edificação que abrigou o curso de Direito em Natal: o prédio da Faculdade de Direito na Ribeira. Como forma de imortalizá-lo em nossas mentes, utilizamos da imagem de sua fachada como capa para esta 35ª edição.

Assim, gostaríamos de expressar a nossa gratidão pelos discentes, docentes e profissionais, deste e de outros estados, que contribuem para a concretização da Revista In Verbis, como também para a divulgação dos conhecimentos jurídicos encartados nos artigos aqui publicados, e, principalmente, para a aparentemente esquecida missão de valorizar a produção acadêmica e a pesquisa científica no seio da comunidade jurídica potiguar.

É com muito orgulho pela nossa trajetória de dezoito anos que desejamos a todos uma proveitosa leitura.

A Comissão Editorial

Prefácio

Norberto Bobbio – indiscutivelmente, um dos maiores filósofos do direito e da política do nosso tempo – foi extremamente feliz ao constatar que vivemos, atualmente, “A Era dos Direitos”¹. A sociedade ocidental avançou historicamente no sentido de criar uma ordem internacional capaz de declarar e reconhecer direitos aos homens e mulheres, os quais deixaram de ser vistos a partir de uma perspectiva de súditos, no contexto de Estados Absolutos, e passaram a ser encarados como cidadãos, em Estados Democráticos de Direito.

Esse processo pode ser claramente identificado a partir da análise do movimento constitucional ocorrido após o segundo pós-guerra mundial, quando, inspirados, principalmente, no modelo da Constituição de Weimar, diversos países ocidentais passaram por mudanças de ordem constitucional, orientados e fundados na intenção de assegurar direitos fundamentais aos homens e mulheres.

Após as atrocidades vividas naquela guerra, parece que o mundo ocidental entendeu que Kant² tinha razão: o homem é um fim em si mesmo. Assim, em diversos ordenamentos jurídicos pátrios, a exemplo do Brasil, o valor da dignidade da pessoa humana passou a ser encarado como elemento central e também como fim da atuação do Estado e da sociedade. Os direitos fundamentais passaram a ocupar o núcleo das constituições e o centro das ordens jurídicas estatais.

Na esfera internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem,

¹ Cf.: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

² Cf.: KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret, 2002.

aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, consistiu num marco histórico extremamente relevante³ nesse processo de reconhecimento dos direitos humanos.

Ocorre que, malgrado essa realidade universal, há de se concordar que o *“problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não [é] mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”*, como alerta Bobbio⁴, complementando com estas palavras tal ideia:

(...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos [do homem], qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Vivemos um dilema jurídico e político. Como assegurar e efetivar os direitos humanos fundamentais à educação, à saúde, à igualdade social, à moradia, dentre tantos outros, à população mundial e, notadamente, ao povo brasileiro? Como tirar do papel as declarações de proteção da dignidade dos indivíduos a fim de construir um mundo mais justo fazendo com que tais anseios tornem-se realidade na vida das pessoas?

Há cerca de duas década, quando ajudamos a fundar a Revista Jurídica In Verbis, nossa geração acabara de vivenciar um momento político e cívico que lembra o que vemos no presente. Então jovens, saímos às ruas pedindo

³ A importância desse documento histórico para Norberto Bobbio foi assim expressa pelo autor: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Os velhos jusnaturalistas desconfiavam — e não estavam inteiramente errados — do consenso geral como fundamento do direito, já que esse consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como tentaria fazê-lo Giambattista Vico. Mas agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais. Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é — pela primeira vez na história — universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado.” (Op. cit, pág. 18).

⁴ Op. cit, pág. 17.

mudanças no âmbito do Estado constituído, tal quais milhares de manifestantes o fizeram em junho de 2013.

Obviamente, as realidades econômicas e sociais do país eram completamente diferentes há vinte anos atrás, mas o sentimento e o pedido de mudanças eram bastante semelhantes (para não dizer idênticos).

Ainda em junho de 2013, publicamos uma breve reflexão sobre o contexto das reivindicações e manifestações recém-deflagradas⁵ e, em determinado trecho, afirmamos o seguinte:

Nós, que compomos a classe política do Rio Grande do Norte, de todos os partidos, de todas as facções, da ponta esquerda à extrema direita, precisamos ser francos: ficamos todos surpresos e perdidos com o formato e com a força dos protestos da última semana, em todo Brasil. E agora? O que fazer?

Nós, políticos do RN, principalmente os que estão exercendo mandato, como eu, não podemos fazer de conta que o problema não é nosso.

É tolo achar que esse sentimento de mudança só alcança o âmbito federal.

Não podemos nos comportar como se não estivesse acontecendo nada. O povo quer mudanças e as mudanças passam pelas nossas mãos, pelos nossos atos, pelas nossas posições.

E quando eu falo em tomar posições, não é aproveitar da audiência que os protestos proporcionam para tentar nadar na correnteza forte e oportunizar o atual momento fazendo cena para a opinião pública.

Não!

Eu falo em agir. Cada um na sua esfera de competência, pois as pessoas que estão protestando não querem líderes, querem atitudes. A melhor e mais ativa participação que um político pode ter, neste momento, é propor e realizar as mudanças que a sociedade deseja.

Passados alguns meses dos movimentos de junho de 2013, os cientistas sociais, políticos, jornalistas, e tantos outros ainda tentam compreender quais as razões, o que motivou as manifestações que alcançaram proporções poucas vezes vista na história do Brasil. Nesse tempo, temos nos convencido, cada vez

⁵ Disponível em: <<http://kelpsliima.com.br/as-pessoas-que-estao-protestando-nao-querem-lideres-querem-atitudes/>>. Acessado em: 30 de janeiro de 2014.

mais, que a impressão expressa naquele texto estava correta e plenamente em consonância com o dilema identificado por Bobbio em sua obra.

A população quer que o Estado cumpra seu papel na efetivação dos direitos humanos fundamentais veiculados na Constituição e nas declarações internacionais de direitos humanos. Quer, em outras palavras, escolas que funcionem, com professores capacitados e reconhecidos, aptos a prover educação de qualidade; hospitais que não falem medicamentos e tenham médicos com a infraestrutura necessária para atendimento da população; uma polícia que respeite os cidadãos e combata os crimes com inteligência e efetividade, um Judiciário que aplique as sanções adequadas, observando o devido processo legal, assim como um sistema carcerário que não viole a dignidade dos indivíduos e se torne um ambiente de reprodução do crime, entre tantos outros anseios da população.

O meio acadêmico tem feito sua parte, contribuindo com propostas e ideias capazes de concretizar direitos. A Revista Jurídica *In Verbis* é um exemplo muito pujante disso, o qual orgulha as classes jurídica e acadêmica do nosso Estado, notadamente aqueles que, em 1995, lançaram-se a concretizar o sonho de construir um veículo de exposição dos pensamentos dos alunos do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Antenados com os desafios que o Direito enfrenta na contemporaneidade, artigos como "*Intervenção do Estado no Domínio Econômico Via Despesa Pública: o papel do plano plurianual*", de Julyana Araújo Marinho Fernandes, ou "*O Princípio da Capacidade Receptiva como Instrumento da Redução das Desigualdades Sociais no Âmbito do Gasto Público*", de Ivana Souto de Medeiros, dentre outros oito trabalhos científicos de elevada qualidade presentes nesta 35ª edição da *In Verbis*, buscam discutir, direta ou indiretamente, proposições que visem a solução dos problemas de efetividade dos direitos fundamentais, conforme expresso por Bobbio.

O Estado, através dos seus poderes, por meio de seus representantes, também precisa fazer o seu papel. Tornar direitos fundamentais uma realidade exige uma atuação do aparato estatal com eficiência.

Um Estado ineficiente – que não aproveita seus recursos da melhor forma possível; que utiliza seus instrumentos não com a finalidade de atender os interesses públicos, mas para satisfazer os anseios de determinados grupos políticos; e, sobretudo, que não pregue uma gestão impessoal e profissional, isto é, que represente a personificação dos líderes políticos e não utilize as melhores técnicas e saberes científicos desenvolvidos na área da administração pública – consiste num grande violador de direitos fundamentais dos indivíduos.

A omissão e a malversação na esfera pública constituem-se, em primeira e última medida, atentados contra a dignidade da pessoa humana. Por isso,

tem razão Bobbio ao afirmar que a garantia dos “direitos do homem” enfrenta questões de ordem política. Ousamos acrescentar e enfatizar: tem diante de si um problema de gestão do Estado.

A Revista Jurídica *In Verbis*, por seu turno, renova as esperanças de que tais desafios podem ser superados. O vigor do pensamento dos acadêmicos e professores do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte faz-nos mais otimistas quanto à possibilidade de superação das barreiras do nosso tempo e conscientes do papel que mulheres e homens públicos devem desempenhar no país.

Resta-nos, assim, agradecer, orgulhosamente, e desejar a todos os leitores um bom encontro com os elevados saberes dos juristas que contribuíram com esta 35ª edição da *In Verbis*.

Kelps de Oliveira Lima

Co-fundador da *In Verbis*

Advogado

Deputado Estadual do Rio Grande do Norte.

Artigos

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Vanessa Gonçalo Guedes

Bacharel em Direito pela UFRN
Pós-graduanda em Residência Judicial pela
ESMARN/TJRN/UFRN

RESUMO

O presente estudo tem como escopo aprofundar os conhecimentos em torno do Direito Penal Tributário, em específico no que tange ao modo como o princípio da insignificância pode ser aplicado na órbita dos crimes contra a ordem tributária. O artigo versará sobre o tema partindo de uma explanação geral acerca do princípio da insignificância, com destaque para as consequências deste na esfera penal. Posteriormente, busca-se compreender melhor os crimes contra a ordem tributária tratados na Lei n.º 8.137/90, bem como o bem jurídico neles protegido. Por fim, o texto adentra numa análise mais aprofundada ao discorrer sobre a aplicação do princípio da insignificância nestes crimes em específico, focando o parâmetro a ser utilizado e o entendimento que vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Insignificância. Crime. Tributário. Parâmetros.

1 INTRODUÇÃO

Embora relativamente recente, não é de hoje que se escuta falar no princípio da insignificância na esfera penal. No entanto, muitos se restringem a compreendê-lo de forma limitada, associando-o, quase sempre, àquele crime de furto de “duas melancias” para suprir um estado de necessidade, o furto famélico, por exemplo.

Sem desmerecer essa compreensão, há de se destacar que tal princípio vem sendo aplicado para além das barreiras do Código Penal. É o que acontece no âmbito dos direitos ambiental, militar e tributário. Neste último caso, objeto do presente estudo, a doutrina e a jurisprudência ainda são escassas, uma vez que se limitam, majoritariamente, a tratar da insignificância no crime de descaminho.

Busca-se, aqui, estender a aplicação do princípio da insignificância, no campo do Direito Penal Tributário, para os delitos tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Para tanto, primordial é a compreensão do aludido princípio e dos seus efeitos na esfera penal, bem como da norma penal tributária e do bem jurídico nela protegido.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, também chamado princípio da bagatela, de cunho civilista, tem sua origem traçada ainda no Direito Romano, sob a máxima *mínima non curat praetor*. À época, entendia-se que o *praetor*, uma espécie de magistrado investido de poderes extraordinários, deveria desprezar os casos insignificantes para cuidar de questões realmente inadiáveis. Assim, aquilo que era mínimo, irrelevante, uma vez reconhecida a sua insignificância, sequer merecia avaliação ou julgamento da Justiça.

Baseado nessa máxima, Claus Roxin, na Alemanha de 1964, introduziu o aludido princípio na esfera penal. Para ele, sendo a lesão insignificante, não haveria necessidade de aplicação da pena.

No Brasil, Francisco de Assis Toledo foi o primeiro autor a tratar do tema. O seu entendimento pautava-se no fato de que o manto de proteção penal seria a última alternativa a reparar/repreender lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico tutelado. Neste caso, o Direito Penal somente incidiria quando os outros ramos do Direito falhassem ou se revelassem insuficientes, além do que, considerando sua natureza fragmentária, somente atuaria



onde fosse necessário para proteger o bem jurídico, não devendo haver preocupação com bagatelas.

Hoje, embora nenhum instrumento legislativo ordinário ou extraordinário defina ou acate formalmente o princípio da bagatela, não há como negar sua crescente abordagem na doutrina e na jurisprudência. De fato, não mais se discute acerca da sua aceitação, mas sim qual a melhor e mais adequada forma de aplicá-lo.

Criar formas de operacionalizá-lo, orientando o aplicador e definindo critérios consistentes, é essencial para afastar a completa discricionariedade e tornar as decisões mais equitativas, materialmente adequadas ao caso concreto.

2.1 O princípio da insignificância na esfera penal

A aplicabilidade do princípio da insignificância na esfera criminal é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Isto porque algumas condutas tipificadas como crimes devem ser afastadas da incidência da norma penal por não atingirem de modo relevante o bem jurídico tutelado.

Não deve o Estado, com sua gravíssima sanção, ser acionado quando outros meios não-penais puderem ser utilizados para garantir a proteção. A intervenção penal representa, pois, a mais drástica forma de reação estatal, uma vez que restringe direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O cerne da preocupação está em oferecer alternativas para evitar uma aplicação indiscriminada da lei penal, que vise tão somente à coerência formal, olvidando-se do real papel da pena. Como bem observa Vico Mañas (1994, p. 56 *apud* GRECO, 2011, p. 65):

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminador possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do



nullum crimen sine lege, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Para Yuri Corrêa da Luz (2012) deve-se também levar em consideração as vantagens e desvantagens de processar alguém, observando, inclusive, os altos custos sociais e econômicos de um processo criminal.

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do tema, reforça que o tipo penal deve ser analisado tanto sob o aspecto formal quanto material, sendo o princípio da insignificância um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal¹.

Vista a sua importância, deve-se ter em mente, a princípio, que a insignificância há de ser aferida em todos os crimes, estejam eles tipificados no Código Penal ou na legislação especial. O Supremo Tribunal Federal, todavia, já excepcionou essa regra ao decidir, no Habeas Corpus n.º 97.190-GO², pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de roubo, uma vez que violência ou grave ameaça, elementares do tipo, não podem ser considerados de menor relevância.

O Supremo já fixou quatro circunstâncias, a serem observadas caso a caso, para concluir pela incidência ou não do princípio da insignificância, a saber:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Crime de furto (art. 155, caput, do CP). Princípio da insignificância. Hipótese de não-aplicação. Precedentes.

1. *A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.* 2. No presente caso, a pretensão deduzida no sentido de que seria possível a aplicação do princípio da insignificância

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 130578/MG. Quinta Turma. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 15/04/2010. DJ 10/05/2010.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 97190/GO. Primeira Turma. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 10/08/2010. DJ 07/10/2010.



ou do princípio da “irrelevância penal do fato” à espécie não encontra respaldo suficiente para suspender os efeitos do acórdão ora questionado e obstar o andamento da ação penal. 3. Habeas corpus denegado³ [grifos do autor].

Assim, embora não haja nada positivado, a jurisprudência da Corte Suprema recomenda a análise de quatro critérios, frise-se: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A crítica que se faz a tais circunstâncias concentra-se no seu caráter subjetivo. Ocorre que o subjetivismo é inevitável, já que a análise é feita de acordo com o caso concreto, e não em abstrato. O importante é afastar a completa discricionariedade do aplicador da lei, o qual deverá fazer uso também da razoabilidade. Rogério Greco (2011, p. 64), ao falar do tema, conclui:

Alguns poderão dizer que é muito subjetivo o critério para que se possa concluir se o bem atacado é insignificante ou não. E realmente o é. Teremos, outrossim, de lidar ainda como conceito de razoabilidade para podermos chegar à conclusão de que aquele bem não mereceu a proteção do Direito Penal, posto que inexpressivo.

2.2 O princípio da insignificância como excludente de tipicidade

Antigamente, a tipicidade era encarada como o simples plano em que se descrevem os elementos de uma conduta lesiva de forma abstrata. Desde a escola funcionalista, essa concepção vem sofrendo modificações, quando se passou a reconhecer conteúdo valorativo nos tipos penais.

Com isso, a norma incriminadora deixa de ser a mera soma de elementos objetivos e subjetivos, descritivos e normativos, para compreender também uma efetiva valoração do Direito sobre a realidade.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94439/RS. Primeira Turma. Rel. Ministro Menezes Direito. Julgado em 03/03/2009. DJ 03/04/2009.



Por isso, se diz que a tipicidade deve ser encarada sobre dois aspectos: o formal – características que um fato deve reunir para ser tido como crime – e o material – juízo de valor que considera a ocorrência de lesão significativa ou não ao bem jurídico tutelado.

Assim, um fato pode ser típico do ponto de vista formal e atípico do ponto de vista material, quando, por exemplo, embora se encaixe perfeitamente na descrição normativa, causa uma lesão irrelevante ao bem protegido. Tem-se, portanto, que o princípio da insignificância opera no campo da tipicidade material, excluindo-a nos casos de lesão diminuta e irrelevante.

Ressalte-se também que a decisão judicial que reconhece a atipicidade da conduta implica em coisa julgada material. Assim, entende-se que mesmo sendo tal decisão proferida por juiz absolutamente incompetente, não mais poderá ser instaurado processo cujo objeto seja o mesmo. Daí porque se deve ter extrema cautela ao aferir a insignificância da conduta.

3 CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Conforme exposto, o presente trabalho tem como foco a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal Tributário, mais especificamente no que tange aos crimes contra a ordem tributária. Para tanto, faz-se mister entender os tipos penais envolvidos, bem como as suas peculiaridades, para só então concluir pela incidência ou não do aludido princípio.

Compondo os referidos ilícitos penais tributários, estão os crimes contra a ordem tributária tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, cujo intuito é proteger o Erário Público. Cumpre, por ora, esclarecer que, com a promulgação desta Lei, os crimes outrora denominados de sonegação fiscal, tratados na Lei n.º 4.729/65, restaram implicitamente revogados ou, melhor dizendo, foram repaginados na nova Lei.

O capítulo I da Lei n.º 8.137/90 é o que trata dos referidos crimes, estando dividido da seguinte forma: os artigos 1º e 2º dispõem sobre os crimes praticados por particulares; enquanto o 3º, ampliando o rol dos crimes funcionais, trata dos praticados por funcionários públicos.

Neste estudo, trataremos especificamente do primeiro caso, isto é, dos crimes contra a ordem tributária praticados por particulares.



3.1 Breve análise dos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90

Conforme visto, os artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90 tratam dos crimes contra a ordem tributária praticados por particulares. A redação de tais dispositivos está disposta da seguinte forma:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela



dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Cumpre, inicialmente, fazer a distinção entre a natureza desses tipos penais. O artigo 1º trata de crime material ao exigir um resultado pré-determinado, qual seja, a efetiva supressão ou redução do tributo, contribuição ou acessório, por meio das condutas descritas nos incisos.

A Súmula Vinculante n.º 24, tratando da efetiva supressão ou redução do tributo, estabelece a constituição definitiva do crédito tributário e o exaurimento da via administrativa como condições objetivas de punibilidade, ao dizer que *“não se tipifica crime material contra a ordem tributária, prevista no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”*.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ausência do lançamento definitivo obsta a propositura da ação penal devido à falta de justa causa⁴. Com isso, enquanto perdurar o processo administrativo, fica suspenso o prazo de prescrição da ação.

O artigo 2º, de modo distinto, embora preveja a conduta e o resultado naturalístico, se consuma com a mera prática da conduta descrita no tipo. Trata-se, portanto, de crime formal. Neste caso, não há necessidade de constituir definitivamente o crédito tributário, sendo o resultado lesivo ao Erário mencionado apenas de forma indireta. Além disso, o esgotamento da via administrativa também não se apresenta como condição de procedibilidade, razão por que a esfera penal dispõe de maior independência.

Outro ponto relevante que norteia estes crimes diz respeito à exclusão da punibilidade se o pagamento do débito tributário for feito antes do recebimento da denúncia criminal. Tal benefício foi inicialmente previsto no artigo 14 da lei n.º 8.137/90 e, embora revogado pela Lei n.º 8.383/91, passou

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81611/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 09/12/2003. DJ 13/05/2005.



novamente a vigorar na redação do art. 34 da Lei n.º 9.249/95, que diz:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Tal norma, por ser considerada especial, prevalece em relação ao art. 16 do Código Penal, que determina a redução da pena de um a dois terços quando, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, o dano for reparado ou a coisa restituída, até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Luciano Amaro (2011, p. 494) acrescenta ainda que:

Não obstante, mesmo na ausência de norma prevendo a exclusão da punibilidade mediante pagamento do tributo, há a regra do art. 138 do Código Tributário Nacional, no sentido de que o pagamento do tributo *antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização relacionados com a infração* exclui a responsabilidade e, portanto, afasta qualquer possibilidade de punição, não apenas de natureza administrativa, mas, igualmente, a criminal. Aliás, seria inconcebível que o Estado estimulasse o infrator a regularizar sua situação fiscal, acenando-lhe com a dispensa de sanções administrativas, e aproveitasse a denúncia espontânea para prender o infrator. Isso traduziria inominável deslealdade, incompatível com a ideia de Estado de Direito.

No caso de parcelamento da dívida, a extinção da punibilidade fica condicionada ao pagamento integral do débito. Enquanto isso não se concretiza, o que há é a mera suspensão da pretensão punitiva do Estado⁵.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102348/SC. Primeira Turma. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 07/06/2011. DJ 24/08/2011.



4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

No ano de 2008, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 92.438/PR, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, decidiu, em síntese, aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o imposto supostamente devido não ultrapasse o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), parâmetro este a ser analisado mais adiante.

Eis o teor da ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. *O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva.* 3. *Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.* 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar



o trancamento da ação penal⁶ [grifos do autor].

Tal entendimento é o que prevalece desde então na Suprema Corte, sendo pacífico no que tange ao crime de descaminho (art. 334, do Código Penal). Considerando que, neste caso, o bem jurídico protegido é o Erário, assim como o é nos crimes descritos na Lei n.º 8.137/90, tem-se por aberto o precedente judicial para a aplicação do princípio da bagatela nestes últimos.

4.1 Os vetores do princípio da insignificância e os crimes contra a ordem tributária

Para que se possa compreender de onde surge a possibilidade de considerar um crime tributário insignificante, é fundamental que se entenda como esse crime se enquadra nos vetores estabelecidos pelo Supremo.

Como visto, quatro são os vetores: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) nenhuma periculosidade social da ação; 3) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e 4) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Não basta, pois, que a insignificância esteja presente no critério objetivo-econômico, isto é, que o valor do tributo sonegado seja diminuto ou irrelevante para a Fazenda. É necessário que se constate também a irrelevância da conduta e da lesão provocada.

O primeiro vetor conduz ao entendimento de que a ofensa do agente ao bem jurídico tutelado deve ser mínima. Considerando que a própria Administração Pública, observando alguns critérios, dispensa a cobrança judicial do crédito tributário pela Fazenda, ter-se-á nisto um atestado de mínima ofensividade, já que a conduta sonegadora não enseja sequer uma atuação no sentido de salvaguardar o Erário.

O segundo, que trata da ausência de periculosidade social, é facilmente identificado nos crimes contra a ordem tributária, uma vez que tais delitos não são cometidos mediante violência ou grave ameaça, afastando assim a existência de risco à sociedade.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, por sua vez, pode ser visto sob dois aspectos. Por um lado, se tem que a dispensa

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 92438/PR. Segunda Turma. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 19/08/2008. DJ 18/12/2008.



da cobrança judicial, por si só, já expressa essa reduzida reprovação da conduta. Por outro, se tem que a sociedade, em geral, acaba sendo conivente com a sonegação, em razão da ideia, já fixada, de que a carga tributária no Brasil é elevada, mas não há retorno em investimentos para a população.

O quarto vetor, que trata da inexpressividade da lesão, está consubstanciado no valor monetário, estabelecido pelo legislador, como parâmetro para afastar a cobrança judicial pela Fazenda Pública. Isso por que a persecução penal, nos crimes tributários dentro desse parâmetro, causaria uma lesão ainda maior ao Erário sem que houvesse justa causa para a atuação do Direito Penal, conforme explicitado nos vetores acima.

Embora haja o entendimento de que o valor diminuto do crédito tributário não traduz a insignificância da lesão, por ser esta uma forma de incentivar a sonegação fiscal, há de se ter em mente que o parâmetro monetário, de forma isolada, não é suficiente para se chegar a esta conclusão. Pelo contrário, é necessária a soma de critérios, conforme será estudado adiante, dentre os quais, adiante-se, está a não reincidência do ato.

Dessa forma, não bastaria que um único vetor se adequasse ao caso, sendo imprescindível que todos sejam observados, em conjunto, para só então se aplicar o princípio da insignificância.

4.2 Critérios para considerar o crime tributário insignificante

Por várias vezes se falou neste estudo em parâmetros para considerar um crime tributário insignificante, sem, contudo, explicitar quais são e como se chegou a eles. Passa-se agora a analisá-los com a devida atenção que merecem.

4.2.1 Parâmetro monetário

Em 29 de setembro de 1995, foi publicada a Medida Provisória n.º 1.142/95 que, em seu artigo 18, determinou o arquivamento das execuções fiscais de débitos da União, cujo valor consolidado não ultrapassasse o patamar de 1000 UFIR, nos termos a seguir:

Art. 18. Serão igualmente arquivados os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou



inferior a mil Unidades Fiscais de Referência, salvo se contra o mesmo devedor existirem outras execuções de débitos que, somados, ultrapassem o referido valor.
[grifos do autor]

Um ano depois, a Medida Provisória n.º 1.561/96 (posteriormente convertida na Lei n.º 9.469/97) veio a complementar os termos daquela ao determinar que a União se abstivesse de propor ações e interpor recursos nas causas de até R\$ 1.000,00 (um mil reais), conforme a seguinte redação:

MP - Art. 1º *O Advogado-Geral da União, e os representantes judiciais das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais, autorizados pelo dirigente máximo da entidade, poderão transigir em juízo para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$10.000,00 (dez mil reais), requerer a desistência das ações em curso ou dos respectivos recursos judiciais, e abster-se de propor ações e de interpor recursos, nas causas, em face de um mesmo réu, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.* [grifos do autor]

No ano de 2000, o valor de 1000 UFIR, estabelecido como patamar para arquivamento das execuções fiscais da União, foi substituído por R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por meio da Medida Provisória n.º 1.973-67/00, em seu artigo 20. Logo após, a Medida Provisória n.º 2.176-79/01, convertida na Lei n.º 10.522/02, convalidou todos os atos até então praticados e manteve o valor da Medida Provisória anterior.

Com o advento da Lei n.º 11.033/04, que alterou o artigo 20 da Lei 10.522/02, o parâmetro para arquivamento passou a ser a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos a seguir:

Art. 20. *Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez*



mil reais). [grifos do autor]

Por fim, recentemente, a Portaria do Ministério da Fazenda n.º 75, de 22 de março de 2012, majorou esse valor ao determinar “o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)”.

A partir da superveniência dessas normas, os Tribunais Superiores passaram a aplicar o princípio da insignificância a crimes contra a ordem tributária (especificamente ao crime de descaminho), de tal sorte a negar a possibilidade de condenação dos autores de tais crimes, quando o valor do tributo sonegado fosse inferior ao limite estabelecido naquelas regras.

Isso porque, como bem destaca Paulo Henrique Aranda Fuller (2008, p. 15-16):

se o aludido montante não se afigura relevante para ensejar a cobrança judicial pela Fazenda Pública, *a fortiori*, não pode ser considerado relevante para deflagrar a persecução penal do fato, notadamente quando sopesada a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal, que representam fatores de limitação do poder punitivo estatal (princípio da intervenção mínima).

É certo que não há um parâmetro legal que indique, com precisão, quando a lesão será tão diminuta a ponto de autorizar o julgador a considerar ausente a tipicidade material da conduta, por isso se justifica a adoção desse valor, que, de forma objetiva, permite uma maior uniformidade à ideia de insignificância.

O Supremo Tribunal Federal vem, pacificamente, adotando o parâmetro monetário contido no artigo 20 da Lei n.º 10.522/02, qual seja R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme julgado abaixo:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR SONEGADO SUPERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/2004. DELITO PRATICADO EM COAUTORIA. DIVISÃO DOS TRIBUTOS SONEGADOS. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM



DENEGADA. I - *Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004.* II – No caso sob exame, a soma dos tributos não recolhidos perfaz o total de R\$ 14.409,19, valor muito superior ao estabelecido para o arquivamento dos autos das execuções fiscais. III – A circunstância de o delito ter sido praticado em coautoria não autoriza o rateio dos tributos sonegados. IV - Os autos dão conta da reiteração delitiva, o que impede a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento. V - Ordem denegada.⁷ (grifos do autor)

Por certo tempo, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento para adotar o limite de R\$ 100,00 (cem reais), previsto no artigo 18, §1º, da mesma Lei. Para tanto, sua fundamentação repousava na distinção entre a dispensa da propositura de ação de execução fiscal (art. 20, *caput*, da Lei n.º 10.522/02) e a extinção do crédito tributário (art. 18, §1º, da Lei n.º 10.522/02). Acontece que esse entendimento não merece prosperar, tendo em vista que a extinção do crédito não trata da insignificância (atipicidade material), mas sim da atipicidade formal da conduta (FULLER, 2008).

Entretanto, os julgados mais recentes deste Tribunal tem demonstrado que esse entendimento já não prevalece, voltando-se a adotar o parâmetro utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Eis o que diz o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. TRIBUTO ILUDIDO QUE NÃO SUPERA A IMPORTÂNCIA DE DEZ MIL REAIS. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. *Nas*

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 115514/RS. Segunda Turma. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 19/03/2013. DJ 09/04/2013.



hipóteses da prática do delito de descaminho, nas quais o débito tributário não ultrapassa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), assentou a Terceira Seção desta Corte - na esteira da posição do STF sobre a matéria - o entendimento de ser aplicável o princípio da insignificância, consoante o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002. II. Uma vez reconhecida a atipicidade da conduta de elisão tributária, o crime de descaminho passa a não mais existir no mundo jurídico, em face da desnecessidade de se movimentar a máquina administrativa, para fins de cobrança de tal jaez. III. Consoante a jurisprudência do STJ, "o Excelso Pretório, no julgamento do Habeas Corpus n.º 92.438/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, firmou compreensão no sentido de considerar aplicável o princípio da insignificância nos casos em que o valor dos tributos sonegados seja inferior ou igual ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do art. 20, caput, da Lei n.º 10.522/02, alterado pela Lei n.º 11.033/04," (STJ, AgRg no REsp 1246604/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 22/08/2012). IV. "O fato de ter sido remetido o feito para análise do Procurador-Geral, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, não impede que o Poder Judiciário examine o remédio constitucional do habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir" (STJ, REsp 1162459/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 25/04/2011). V. Agravo Regimental desprovido.⁸ [grifos do autor]

Como se vê, os julgados mais recentes ainda não adotaram o parâmetro estabelecido na Portaria do Ministério da Fazenda de 2012, permanecendo com o do artigo 20 da Lei n.º 10.522/02. Sendo assim, permanece a ideia de que se para a União o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não é suficiente para acionar as medidas de coerção patrimoniais, não o podem ser também para privar a liberdade de locomoção do indivíduo, sob pena de desvirtuar a própria função do Direito Penal (FULLER, 2008).

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1181243/PR. Sexta Turma. Rel. Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 05/03/2013. DJ 14/03/2013.



Ressalte-se, por fim, que se deve levar em conta o valor consolidado à época do lançamento definitivo e não o valor atualizado do débito. Com isso, evita-se que o indivíduo seja penalizado por eventual demora do Judiciário no reconhecimento da bagatela.

4.2.2 Outro critério: não habitualidade

O parâmetro monetário é de incontestável importância para o reconhecimento da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. No entanto, deve-se observar que nem sempre o fato de o Fisco dispensar a execução fiscal significa que o ato é insignificante sob o aspecto subjetivo-material. Por isso, outros critérios, cumulativamente, hão de ser observados pelo julgador na análise do caso concreto.

Um dos pontos que tem ganhado destaque na jurisprudência pátria é a habitualidade do delito, tendo em vista que, alguns espertalhões, valendo-se do benefício concedido pela lei e pelos Tribunais, fazem da sonegação um meio de vida, não ultrapassando, em cada ato delituoso, o parâmetro monetário.

É evidente que tal conduta não poderia ser premiada pelo Direito. Por esse motivo é que se analisa também se o sujeito é reincidente ou habitual na conduta.

4.3 Parâmetros na esfera estadual e municipal

Até então, o presente estudo tem se limitado a discorrer sobre o parâmetro fixado pela União para dispensar a execução fiscal de tributos federais. No entanto, há ainda outra questão não pacificada na doutrina, que trata de qual parâmetro utilizar no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que estes possuem normatização própria.

Para o Juiz de Direito Paulo Henrique Aranda Fuller (2008), a mesma quantia deve ser observada para a aferição da insignificância, na esfera penal, de fatos relacionados a tributos estaduais e municipais, independente do patamar estipulado por cada ente federativo. Justifica o seu posicionamento da seguinte forma:

Isso porque a identidade do bem jurídico tutelado (arrecadação tributária) impõe a aplicação de um



mesmo regime jurídico a todos os crimes contra a ordem tributária, não se justificando, sob a perspectiva da isonomia, o tratamento diferenciado de sujeitos apenas em função da espécie tributária atingida (FULLER, 2008, p. 16).

Já o Desembargador Rui Stoco (2003), embora tenha defendido que o princípio da insignificância deva ser aplicado para todos os entes federativos, reconhecendo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem leis e regulamentos que também dispensam a execução fiscal no âmbito de suas competências, se posicionou no sentido de que o maior parâmetro encontrado (seja ele federal, estadual, distrital ou municipal) deveria ser aplicado a todos, com base no princípio da isonomia.

Com a devida vênia, não há como concordar com esses posicionamentos. Ao contrário do que defende os nobres magistrados, o princípio da isonomia apresenta nesse contexto uma relevância maior do que lhe foi dada, em especial no aspecto de “tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Verifica-se, pois, que o bem jurídico tutelado – arrecadação tributária – embora seja o mesmo em qualquer dos entes federativos, possui dimensões completamente diferentes.

Ora, é de clareza hialina que a arrecadação tributária da União é bastante superior a dos Estados que, por sua vez, supera em muito a dos Municípios. Consequentemente, um valor tido por insignificante para a União, pode não o ser para os entes estaduais, distrital e municipais.

Assim, pode-se concluir que o parâmetro monetário para aferir a insignificância em crimes contra a ordem tributária deve ser estabelecido de acordo com o tributo sonogado e a legislação do ente por ele competente. Sendo omissa a legislação local, por não prever quantia para dispensa de ajuizamento de execução fiscal, não há de se falar em valor irrisório para o Fisco e, consequentemente, não poderá ser aplicado o princípio da insignificância com base em um critério misto (subjetivo e objetivo). Nesta situação, resta ao julgador valer-se apenas do critério subjetivo, aplicando ao caso concreto os vetores jurisprudencialmente delimitados.

4.4 Consideração da multa na verificação do cabimento ou não do princípio da insignificância

Questiona-se aqui se, dentro do parâmetro monetário adotado,



deve-se computar o valor da penalidade pecuniária (multa) ou tão somente a quantia do tributo sonegado. Embora haja quem entenda que deve ser levado em consideração apenas o valor do tributo, não é isso que se extrai da recente Portaria n.º 75/2012, do Ministério da Fazenda. Observe o que dispõe o artigo 1º, em seu §2º:

§2º Entende-se por valor consolidado o resultante da atualização do respectivo débito originário, *somado aos encargos e acréscimos legais ou contratuais, vencidos até a data da apuração.* [grifos do autor]

Assim, razão assiste a Pedro Roberto Decomain (2010, p. 113), que defende a consideração do valor da multa, nos seguintes termos:

a penalidade pecuniária incidente deve ser sempre considerada na verificação do cabimento ou não da aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto. É que a penalidade pecuniária, embora não constitua tributo, já que, por ser sanção de ato ilícito, (o art. 3º do CTN somente permite considerar como tributo a prestação pecuniária compulsória que, além de revestir outros requisitos, também não seja sanção de ato ilícito), no entanto não deixa de ser crédito da Fazenda Pública, relacionado diretamente à sua atividade tributária e obediente às mesmas regras de cobrança, incluindo lançamento, garantias, preferências e procedimento judicial de cobrança específico (tal resulta, aliás, do art. 113, §1º, do CTN).

5 CONCLUSÕES

A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária é, portanto, plenamente possível. Trata-se, pois, de uma forma de reconhecer a atipicidade material da conduta que provocar lesão irrelevante ou mínima ao bem jurídico protegido.

No entanto, não pode o julgador ficar completamente desvincilhado de um critério objetivo para definir, no caso concreto, o que seria insignificante, sob pena de comprometer, inclusive, a segurança jurídica e a isonomia



dos julgamentos. Como alternativa, os Tribunais Superiores vêm adotando um parâmetro monetário para reconhecer a insignificância no crime de descaminho, qual seja, o valor fixado em lei que autoriza o arquivamento das execuções fiscais da União.

Nenhum empecilho há em transmutar esse entendimento para os crimes tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90. Pelo contrário, a análise dos vetores jurisprudenciais reforça tal possibilidade.

Assim, cabe ao Ministério Público, após o encerramento do Procedimento Administrativo Tributário (lançamento definitivo), averiguar o valor do tributo acrescido da multa, bem como se o sujeito é ou não reincidente, para só então requerer o arquivamento do inquérito com base na atipicidade da conduta. Procedente o pedido, haverá formação de coisa julgada material e encerra-se o caso.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHEKER, Monique. A distorção do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 7, n. 28/29, p. 85-106, jul./ dez. 2008. Semestral. Disponível em: <<http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/bc-28-e-29/a-distorcao-do-principio-da-insignificancia-nos-crimes-de-contrabando-e-descaminho>>. Acesso em: 18 de março de 2013.

DA LUZ, Yuri Corrêa. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. In: **Revista Direito GV**. v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. p. 203-233.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Critérios para a aferição da insignificância



em crimes contra a ordem tributária. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 15, n. 184, p. 15-17, mar. 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOVATTO, Alécio Adão. **Crimes tributários: aspectos criminais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 370-386.

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN CRIMES AGAINST THE TAX ORDER

ABSTRACT

The present study has the objective to deepen the knowledge about the Criminal Law Tax, specifically in relation to how the principle of insignificance can be applied in the orbit of crimes against the tax order. The article will focus on the theme of leaving a general explanation about the principle of insignificance, highlighting the consequences of this in criminal. After, seeks to better understand the crimes against the tax treaties in Law n. ° 8.137/90, and the legally protected them. Lastly, text enters a deeper analysis to discuss the application of the principle of insignificance in these crimes in specific, focusing on the parameter to be used and the understanding that has been



adopted by the Superior Courts.

Keywords: Insignificance. Crime. Tributary. Parameters.

A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E A AFETIVA: A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Maria Rafaela de Medeiros Cruz

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O artigo objetiva analisar a evolução normativa, doutrinária e jurisprudencial do Direito de Família, dentro da perspectiva da filiação socioafetiva. Ao mesmo tempo em que examina a afetividade como princípio fundamental implícito na Constituição Federal, com fins a endossar a formação de famílias socioafetivas na atualidade. A importância que vem sendo atribuída à afetividade na doutrina e na jurisprudência brasileira tem sido uma crescente, de modo que não se pode afastar a incidência da qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, sejam eles sanguíneos ou afetivos. O afeto passa a ser elemento essencial nas relações familiares. A comparação entre os dois tipos de filiação – a biológica e a afetiva – tem como meta a resposta à seguinte pergunta: O que prevalece entre a verdade biológica e a verdade afetiva?

Palavras-chave: Evolução Normativa. Filiação Biológica. Filiação Socioafetiva. Princípio da Afetividade.

1 INTRODUÇÃO

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, não só a ideia, mas também o conceito da família foi ampliado, hoje, além do casamento, existem várias formas de entidades familiares, podendo estas serem formadas a partir da união estável entre homem e mulher ou entre casais do mesmo sexo, ou, ainda, haver uma família monoparental, formada apenas por um dos pais e seus filhos. Além do já referenciado, é possível, também, a constituição de uma família socioafetiva, uma família sem laços genéticos, mas com laços de amor, objeto do nosso estudo.

De início, busca-se, adentrar na evolução do Direito de Família, mais especificamente, nas mudanças trazidas pela Constituição Federal vigente e as possíveis interpretações em favor do alargamento das entidades familiares. Em seguida, apresenta-se o princípio fundamental da afetividade, que, embora não expresso, é implícito no nosso Ordenador Jurídico, conjugando-se a princípios expressamente disciplinados na Carta Maior, como a dignidade da pessoa humana, para fomentar a justificação da formação das famílias socioafetivas.

Construída essa base, passa-se a identificar a filiação socioafetiva. Esta será analisada em todas as suas perspectivas sejam elas doutrinárias, normativas ou jurisprudenciais, além da apresentação dos tipos e efeitos jurídicos decorrentes desse tipo de filiação.

2 EVOLUÇÃO NORMATIVA FRENTE À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O Direito das Famílias sofreu inúmeras mudanças ao longo de sua história. E, concomitante a estas transformações, a ideia de família precisou se adaptar às novas realidades. O entendimento da família como uma unidade produtiva e reprodutiva (ROSENVALD, 2012, p. 83), predominante no Código Civil de 1916, cuja única forma de selar o comprometimento mútuo era através do casamento, foi superado com o advento da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna instituiu novos rumos ao Direito das Famílias, principalmente, em virtude do seu caráter principiológico pautado em valores sociais e humanos, o que também contribuiu para a delineação do Código Civil de 2002, posteriormente. Nessa ótica, a família passa a ser uma entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana (ROSENVALD, 2012, p. 83) de



seus membros. Nota-se, então, que independentemente de matrimônio, o comprometimento mútuo surge a partir do vínculo afetivo que une as pessoas.

Entretanto, cabe ressaltar que a Constituição Federal não prevê explicitamente as espécies de entidades familiares abarcadas juridicamente. Isto, por sua vez, não significa dizer a ausência de tutela pelo Direito, sendo possível a interpretação normativa, a partir de critérios hermenêuticos para se extrair a norma disciplinadora dos demais institutos.

Como aduz Paulo Luiz Netto Lôbo a Constituição Federal ao suprimir a locução “constituída pelo casamento”, prevista no art. 175 da Constituição de 1967-1969, conferiu ao seu art. 226, *caput*¹, a importância de cláusula geral de inclusão. Deste modo, entende-se com a atual redação, a palavra “família” de uma forma ampla, significa qualquer família, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Proteger determinadas famílias em detrimento de outras, significaria ir contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, os múltiplos arranjos familiares explicitados no art. 226 da Constituição Federal são meramente exemplificativos, não há uma taxatividade.

Percebe-se, portanto, a configuração da existência de proteção constitucional à família eudemonista, a qual preza pela felicidade dos membros que a compõe, a partir da convivência, do afeto, da igualdade, liberdade e da solidariedade entre eles. Assim sendo, a interpretação dos preceitos constitucionais também nos leva a crer no amparo constitucional à filiação socioafetiva, em virtude da maior eficácia social possível proposta pela Carta Maior.

3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AFETIVIDADE

Mesmo diante da ausência do termo afeto consubstanciado na Constituição Federal, atualmente, entende-se que o afeto é o principal fundamento das relações familiares. Com base nessa concepção eudemonista, essa conjuntura afetiva é incompatível com o modelo formal de família, apenas pautado na ideia do casamento, trata-se de uma realidade moderna.

Desse modo, a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho, envolve uma relação de valores,

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.



solidariedade, convivência, confiança, todos conjugados para que seja possível assegurar a dignidade humana que tange às relações de família previstas na Constituição.

Nos dias de hoje, não mais se concebe uma família sem afeto, pois o afeto ganhou *status* de valor jurídico, sendo considerado um princípio constitucional implícito, o qual impõe dever e obrigação aos membros da família. Muitos autores, como Paulo Luiz Netto Lôbo identificam na Constituição Federal quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º); d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

O Código Civil, do mesmo modo, não disciplina a matéria de maneira explícita, bem como não prevê a palavra afeto. No entanto, em seu art. 1.584, invoca somente o laço de afetividade como elemento indicativo para definição da guarda do filho quando da separação dos pais, o que demonstra a preocupação com o afeto nas relações familiares. Ainda nesse sentido, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o Enunciado nº 103, nos seguintes termos:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

Nessa mesma Jornada, o assunto ainda foi tema do Enunciado nº 108, que aduz: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a sócio-afetiva.

É em razão disso, que a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas (DIAS, 2007,



p. 68), sendo bastante aplicado no reconhecimento da paternidade socioafetiva em detrimento do vínculo biológico. Isto posto, percebe-se que a Justiça vem entendendo a importância da felicidade no meio familiar e, para a garantia da felicidade e do bem-estar, necessário se faz o afeto, significa estar bem e querer bem.

Em suma, o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue e onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originárias e final, haverá família.

4 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Como já referenciado, havia uma primazia atribuída ao instituto do casamento antes da Constituição Cidadã, essa preferência acabava por se estender à filiação, já que só eram considerados filhos aqueles advindos do matrimônio, eram os chamados filhos legítimos. Aqueles cuja origem era proveniente de relações extraconjugais, não possuíam os mesmos direitos dos primeiros. Havia, portanto, uma opção do legislador pela verdade biológica como elemento essencial para a determinação da filiação.

Felizmente, a Constituição Federal de 1988 entendeu que a paternidade vai além do sangue, além do provimento de alimentos ou da partilha de bens, envolve muito mais, busca a construção de valores, a dignidade humana na relação entre pais e filhos, que se adquire no convívio familiar durante as fases da vida, principalmente na infância e da adolescência. Para isso o art. 227, §6º², adotou o Sistema Único de Filiação como uma aplicação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, estabelecendo a igualdade plena entre os filhos, não importando sua origem biológica, de modo que merecem igual tratamento os filhos originados qualquer que seja a sua natureza. Dentre essas filiações encontra-se a socioafetiva, objeto do

²Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.



nosso estudo.

A filiação socioafetiva parte da ideia do afeto, é aquela relação paterno-filial que se constrói a partir da relação cotidiana, respaldada pelo respeito recíproco, amor, carinho, nela não há ascendência genética, é uma relação de fato na qual o pai afetivo ocupa na vida do filho, a função de pai. E o filho goza da posse de estado de filho. Este tipo de filiação deve ser reconhecida e amparada juridicamente.

4.1 Posse do Estado de Filho

A comprovação do vínculo de filiação pode ser determinada de várias formas, como através de certidão do cartório do registro civil, através da existência de escrito proveniente dos pais, em conjunto ou separadamente e por meio da existência de veementes presunções de fatos já certos, como aduz o art. 1.605³ do Código Civil. Mas, é possível, ainda, ser determinado através da afetividade. Nas palavras de Nelson Rosendal (2012, p. 624) trata-se da dessacralização do DNA, deixando claro não ser este um meio de prova absoluto, embora bastante importante e recomendado.

Sem dúvidas a posse do estado de filho, apesar da sua não contemplação expressa do nosso sistema jurídico, se encontra abarcada nas “veementes presunções de fatos já certos”, em virtude da sua notoriedade e exteriorização da relação filiatória. Significa dizer que embora não haja uma ligação genética entre eles e um registro civil, existem todos os elementos característicos de uma relação entre pai e filho. Há um comportamento diário com dispêndio de carinho e atenção, através do fornecimento de elementos financeiros e emocionais, que influenciam no desenvolvimento educacional, físico e psicológico do filho.

Para o singular Orlando Gomes (2001, p. 324), a posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho do casal que o cria e educa. Maria Berenice Dias (2007, p. 333), vai mais além na sua sensibilidade e afirma que a posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva.

³Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.



Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina elenca alguns principais aspectos, como a utilização do nome de família (*nominatio*), o tratamento de filho (*tractatus*) e reputação (*reputatio*).

Significa, primeiramente, a efetiva utilização pelo filho do nome da família, o que indicaria a sua inserção no grupo familiar. Seguido do ideal tratamento de filho, relacionado à vida cotidiana, acrescido da necessidade deste tratamento ser notório e público, a qual faça com que todos ao redor acreditem existir uma relação paterno-filial. Em posição consoante com o entendimento do doutrinador Nelson Rosenvald, acredito que o elemento nome não deveria figurar como um elemento caracterizador da posse do estado de filho, por entender que este fator não altera a relação de afeto construída entre pais e filhos, bastando ser uma relação de amor, pública e notória, a qual independe de nome, registro ou sangue. Referente ao assunto, o acréscimo de sobrenome do padrasto ou madrasta ao enteado, por exemplo, é permitido, expressamente, pela Lei nº 11.924/09.

Vale ressaltar que esta relação filial deve perdurar por um período razoável, cuja exteriorização da posse do estado de filho seja reiterada, não sendo cabível a concessão do vínculo filiatório a atos isolados.

Nesse pórtico, a medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pela relação de fato, a posse do estado de filho pode se conflitar com a presunção *pater est*, cabendo ao magistrado, em caso de disputa judicial entre um pai socioafetivo e um pai biológico, analisar o caso concreto de modo a aferir a relação de afeto existente, antes de se lastrear apenas por fundamentos meramente biológicos, com fins à alcançar o melhor para aquele filho.

4.2 Tipos de Filiação Socioafetiva

A doutrina civilista com o objetivo de ilustrar as situações em que é possível auferir a filiação socioafetiva, elenca em um rol não taxativo algumas hipóteses nas quais o afeto é determinante para o estado de filiação.

A primeira hipótese é a adoção obtida judicialmente. Trata-se do estabelecimento do parentesco civil através de um longo procedimento que envolve a chancela jurisdicional, a qual leva em consideração a relação de afeto estabelecida entre os pais que pleiteiam adotar criança e/ou adolescente. Sem esse fator afeto, torna-se injustificável tirar de um menor a oportunidade de



ser feliz. A adoção é irrevogável, de acordo com o §1º, art. 39⁴, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra situação trata-se da questão do “filho de criação”. Nesse caso, para sua configuração necessário se faz a demonstração da posse do estado do filho. É o que ocorre quando uma pessoa cria outra, transmitindo a ela valores, amor, educação, de modo a contribuir com o seu desenvolvimento físico e psíquico, sem que haja entre eles alguma ligação biológica.

Nesse mesmo raciocínio, temos a chamada “adoção à brasileira”, que se afirma quando, por exemplo, a pessoa mesmo sabendo não ser o pai biológico do filho, decide registrá-lo como se seu fosse, construindo um vínculo de afetividade público e notório. Acontece que essa conduta é tipificada como crime no nosso Ordenamento Jurídico, capitulada no art. 242⁵ do Código Penal. No entanto, a justiça vem garantindo a possibilidade dessa filiação afetiva se concretizar em razão do interesse do filho, como podemos constatar na jurisprudência a seguir:

Ementa. Ação negatória de paternidade. Adoção a Brasileira. Paternidade Socioafetiva. O registro de nascimento realizado com o ânimo nobre de reconhecer a paternidade socioafetiva não merece ser anulado, nem deixado de se reconhecer o direito de filho assim registrado. Negaram Provimto⁶.

Sendo esse ato irrevogável, conforme ratifica a bem elaborada decisão do ano de 2009, do Supremo Tribunal de Justiça:

É dizer, em outras palavras, que, a despeito de não corresponder à verdade real, a posse do estado de filho,

⁴ Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. É vedada a adoção por procuração.

§1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

⁵ Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

⁶ Apelação Cível nº 70003587250, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Rui Portanova.



gera uma aparência de modo a fazer com que todos manifestem a crença em uma realidade que, na verdade, não existe, mas nem por isso merece ficar à margem da tutela jurídica, notadamente diante do fato de que se formam laços afetivos entre o registrando e o registrado, vínculos estes que muitas vezes são até mais fortes do que os sanguíneos.

[...]

Após formado o liame sócio-afetivo, não poderá o pai-adotante desconstruir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade sócio-afetiva⁷.

A doutrina também elenca como exemplo de filiação afetiva a decorrente de fertilização artificial heteróloga, ou seja, a proveniente da utilização de material genético de doadores anônimos, resta claro nesses casos que a única verdadeira filiação se dará sobre a ótica afetiva, na convivência do lar.

Por fim, é válido evidenciar que a afetividade somente pode ser invocada para determinar o estado de filiação, nunca com o intuito de negá-lo. Caso se pretenda negar o vínculo, seja pelo pai/mãe ou pelo filho para negar a existência de vínculo paterno-filial, deverá o autor se valor dos demais critérios, menos do afetivo.

5 EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Assim que estabelecida a filiação socioefetiva em virtude da comprovação pela posse do estado de filho, não há possibilidade de revogação ou retratação das partes. De modo que, a partir desse momento, passam a vigorar todos os efeitos jurídicos decorrentes dessa filiação, sejam eles existenciais ou patrimoniais, assim como ocorre com os vínculos filiatório-biológicos.

Tem-se que enfatizar que fixada a filiação com base na afetividade, afasta-se, em caráter definitivo, o vínculo biológico, não se admitindo contradita fundada em prova genética. O filho fica impossibilitado de cobrar alimentos

⁷ STJ, REsp 1.088.157/PB, Relator Min. Massami Uyeda, DJ 04/08/2009.



ou ser parte da herança do seu genitor. Como aduz Nelson Rosenvald (2012, p. 674), não faz sentido que se determine a paternidade ou maternidade com base em interesses econômicos, devendo ressaltar e ser prestigiado o ser e a proteção da personalidade.

Há quem defenda a possibilidade de se cobrar alimentos do genitor, quando o pai socioafetivo não tiver condições de prestá-los, seria um caso excepcional, a qual a doutrina chama de paternidade alimentar, cujo objetivo é impedir que a situação venha a afetar a dignidade do filho. O que nos parece ser razoável.

Dentre os inúmeros direitos decorrentes dessa relação filial podemos citar os patrimoniais, como o direito à herança e aos alimentos. Com relação ao primeiro direito, é interessante relatar um acontecimento do corrente ano, ocorrido em Santa Catarina, na qual a 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a existência de paternidade e maternidade socioafetiva, em relação à mulher que foi criada como filha pelos patrões da mãe, desde seus quatro anos de idade. Ocorre que, após a morte da mãe afetiva e consequente abertura do processo sucessório, a filha socioafetiva foi excluída da respectiva sucessão, enterrando o amor construído por tanto anos. A Justiça cumpriu seu papel afirmando que à autora foram dedicados o mesmo afeto e oportunidades dadas aos filhos biológicos, sendo considerada membro do núcleo familiar, não restando dúvidas em virtude das provas dos autos⁸.

Quanto aos alimentos, a jurisprudência vem adotando a postura de reconhecê-los em virtude da socioafetividade, já que essa questão ultrapassa a fronteira apenas da legislação, adentrando no princípio da dignidade da pessoa humana, restando, ainda, evidenciada a discriminação para com os filhos afetivos. Tal fragmento demonstra tal necessidade:

ALIMENTOS. MAIORIDADE. ADOÇÃO SIMULADA. O fato de ter registrado a autora como sua filha biológica, mesmo sabendo que não era, alterando a verdade dos fatos, por sua livre e espontânea vontade, caracteriza o que a doutrina e jurisprudência denominam de adoção simulada, assumindo, desta forma, todos os deveres inerentes à paternidade, sem qualquer diferenciação

⁸ Apelação Cível nº 2011.034517-3, Quarta Câmara de Direito Civil de Santa Catarina, Relator: Jorge Luis Costa Beber, julgado em 18/10/2012.



da prole natural (art. 226, § 6º, CF). A paternidade, muito mais do que um evento meramente biológico, é um fenômeno social, merecendo prestígio à verdade socioafetiva. Filho não é algo descartável, que se assume quando desejado e se dispensa quando conveniente. Com o implemento da maioridade, os alimentos deixam de encontrar seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores (art. 231, IV, CCB) – e que faz presumida a necessidade desses – e passam a amparar-se na obrigação existente entre parentes (art. 396 e seguintes, CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade, que deve ser provada por quem pleiteia os alimentos. DESPROVERAM AMBOS OS RECURSOS⁹.

O efeito jurídico se estende, ainda, ao direito de guarda e ao direito de visita. Nesses casos, se mesmo após o fim do relacionamento entre o pai socioafetivo e a mãe biológica de uma criança, por exemplo, e ficar constatado que permanecer junto ao pai será a melhor opção para o desenvolvimento do filho, deve-se conceder a guarda. Da mesma forma ocorre com o direito de visita, o qual deve ser garantido àquele que não possuir a guarda, sempre buscando o bem estar do filho envolvido.

Ademais, cabe elencar o efeito eleitoral da paternidade socioafetiva, trata-se da inelegibilidade eleitoral, disciplinada em recente decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que aduz:

[...]

2. O vínculo de relações socioafetiva, em razão de sua influência na realidade social, gera direitos e deveres inerentes ao parentesco, inclusive para fins de inelegibilidade, prevista no §7º do art. 14 da Constituição Federal¹⁰.

É pertinente ressaltar que dessa relação paterno-filial não decorre

⁹ Apelação Cível nº 70004778619, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/12/2002.

¹⁰ TSE, Recurso Especial Eleitoral 5410103, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, j. 15.2.11, DJe 22.3.11.



apenas direitos, mas também deveres mútuos, pois afinal não seria justo nem para o pai, nem para o filho que não tivessem direito e deveres um sobre o outro. Para os pais existem os deveres de criação, educação, guarda, companhia, obediência, entre outros estabelecidos pelo art. 1.634 do Código Civil e pelo art. 227 da Constituição Federal. Já para os filhos, dentre os deveres, destaca-se a obrigação de assistência e amparo aos pais na velhice, quando maiores, nos termos do art. 229 da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

O importante é frisar que a relação paterno-filial não depende mais da exclusiva relação biológica entre pais e filhos. A filiação socioafetiva sempre existiu, ela não se trata de uma nova espécie ou é algo excepcional, pois toda paternidade só é completa se existir afetividade na convivência.

O que ocorreu foi o lapso temporal do Judiciário em se reconhecer isso, já que não há dúvidas da existência, nesse tipo de relação, dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Além do mais, essa ideia decorreu também da mistificação por parte da sociedade em se associar o casamento entre homens e mulheres à filiação biológica, sendo uma aplicação do instinto de procriação da natureza humana, já que essa foi a ideia predominante por longos tempos da história da humanidade. Felizmente, essa ideia vem mudando.

Posto isto, o que prevalece é a verdade afetiva, pouco importando qual o tipo da entidade familiar, se foi constituída a partir do casamento, se é monoparental ou homoafetiva, todos são iguais perante a lei, todos temos direitos e deveres, e somos detentores das mesmas garantias individuais e coletivas.

O vínculo criado pelo afeto é o mais sincero e puro, nele não há interesses, só amor. Desta forma, o que se deve buscar antes do sangue é a felicidade, todos temos direito à felicidade e para que esta seja garantida não se concebe a ausência do afeto familiar. Esse direito, embora não expresso da Constituição Federal, está assegurado em diversos artigos desta, bem como em declarações e tratados internacionais.

Em casos os quais envolvam crianças e adolescentes, então, esse direito à felicidade se traduz em possuir uma família, cujo afeto seja o principal elemento.



REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direitos das Famílias**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6 v.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 14º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

_____. **Paternidade socioafetiva e retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

LUCAS, Bibiana de Borba. **Filiação socioafetiva**. 2010. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

**LEGAL EQUALITY BETWEEN BIOLOGICAL AND
AFFECTIVE MEMBERSHIP: THE CONSECRATION
OF THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY.**



ABSTRACT

This study analyzes the evolution rules, doctrine and jurisprudence of family law from the perspective of socioaffective membership. While examining affection as an implicit fundamental principle in the Constitution, with the purpose to endorse the formation of socioaffective families today. The importance that has been attributed to affectivity in doctrine and jurisprudence in Brazil has been increasing, so that one can't exclude the incidence of the quality of the links between the members of a family, whether resulting from blood or affective. The affection happens to be essential element in family relationships. The comparison between the two types of membership - the biological and affective - look for the answer of the following question: What prevails between the biological truth and emotional truth?

Keywords: Regulatory Evolution. Biological Membership. Membership Socioaffective. Principle of Affection.



A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NÃO FUNDADA EM EXAME DE DNA

Débora Daniele Rodrigues e Melo

Acadêmica do 6º período do Curso de Direito da UFRN
Monitora de Direito Civil I
Estagiária do Ministério Público Federal

Lucas Afonso Sousa e Silva

Acadêmico do 6º período do Curso de Direito da UFRN
Estagiário do Ministério Público Estadual

RESUMO

O presente trabalho examina as implicações concernentes à relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade não fundada em exame de DNA. Para tanto, tecem-se, introdutoriamente, considerações indispensáveis à compreensão do instituto. Após, analisam-se os principais argumentos das correntes contrária e favorável à mitigação da coisa julgada. Procedese também ao estudo de caso do Recurso Extraordinário nº 363889/DF. Aborda-se a polêmica tensão existente entre a segurança jurídica e a busca pela justiça das decisões judiciais. Conclui-se pela possibilidade de relativização da coisa julgada quando, em casos extremos, a medida for necessária à efetividade da tutela jurisdicional e à pacificação com justiça dos conflitos sociais.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Relativização. Investigação de Paternidade.

"The only thing that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one."
(John Rawls)

1 INTRODUÇÃO

O Estado, através da atividade jurisdicional, diz o direito prevalente no caso concreto, solucionando as crises de Direito Material surgidas entre os indivíduos. A finalidade da jurisdição é apaziguar as pretensões individuais opostas, garantindo às partes o resultado eficaz da decisão judicial.

O provimento jurisdicional, todavia, apenas resolve definitivamente os conflitos quando se torna imutável e inquestionável. Isso ocorre quando a ele se agrega a qualidade de coisa julgada material, instituto que se traduz na garantia máxima de segurança jurídica, e que é concebido como corolário do Estado Democrático de Direito, pois assegura a estabilidade das relações sociais e da ordem jurídica.

Entretanto, a proteção conferida à segurança jurídica, no Processo Civil, eventualmente se confronta com a busca pela justiça das decisões, que pode ser conceituada como a adequação do provimento jurisdicional aos valores norteadores do ordenamento jurídico e ao fim social que deve ter o Direito.

Contemporaneamente, cada vez mais se evidencia a necessidade de que as decisões judiciais sejam produto do equilíbrio entre prestação, efetividade e justiça. É nesse escopo que o presente artigo, através da metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, analisará a possibilidade de relativização da coisa julgada na hipótese específica de ação de investigação de paternidade não fundada em exame de DNA, através de um estudo de caso do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Inicialmente, serão tecidas algumas considerações necessárias à compreensão do instituto da coisa julgada. Logo após, introduzir-se-á a temática de sua relativização, apresentando-se os principais argumentos embaixadores das correntes doutrinárias identificadas. Por fim, proceder-se-á ao estudo de caso propriamente dito, expondo-se o posicionamento pessoal dos autores sobre a problemática em apreço.



2 DELINEAMENTOS SOBRE A COISA JULGADA

Dada a complexidade do tema em apreço, é imprescindível que sejam tecidas algumas considerações introdutórias sobre a coisa julgada.

Partindo-se do seu conceito, percebe-se que este não é unânime na doutrina, sendo evidenciadas, pelo menos, três correntes.

A primeira entende a coisa julgada material como um elemento da decisão, no caso, um efeito ou eficácia, que lhe confere imutabilidade e a torna indiscutível. Foi a opção adotada pelo legislador brasileiro em 1973, de maneira que o art. 467, CPC, positiva: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

A despeito da inteligência do legislador, a doutrina majoritária brasileira posiciona-se ao lado de uma segunda corrente, capitaneada por Enrico Liebman, a qual compreende a coisa julgada não como elemento da decisão, mas como uma qualidade que se agrega aos efeitos desta, de maneira a lhe conferir imutabilidade (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 412-413).

Em síntese apurada, fundada nesta segunda corrente, Cândido Dinamarco (2001, p. 1) assevera: “sem ser um efeito da sentença, mas especial qualidade que imuniza os efeitos substanciais desta a bem da estabilidade da tutela jurisdicional, a coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença.”

Numa terceira perspectiva, adotada, entre outros, por Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 415), a coisa julgada material é compreendida como uma situação jurídica da decisão. É, na verdade, a imutabilidade do dispositivo da sentença, o qual é composto pela norma jurídica concreta.

Esclarecido o seu conceito, é interessante observar que a coisa julgada demanda a existência de pressupostos.

Tratando-se de garantia da jurisdição, a coisa julgada material pressupõe primeiramente a existência de uma decisão jurisdicional, de maneira que para resolver seguramente a lide, essa decisão deverá incidir sobre o mérito do pleito, cujo exame se dará necessariamente por meio de cognição exauriente, ou seja, pela profunda análise do juiz acerca do caso. Além desses pressupostos, exige-se também a existência da coisa julgada formal (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 410-411).

Este último pressuposto, na verdade, não trata de instituto diferente ou autônomo da coisa julgada material. Como parte que compõe o instituto em análise, a coisa julgada formal incide na sentença sob a perspectiva desta



enquanto ato processual, a qual lhe confere imutabilidade na esfera interna do processo, em razão da extinção das possibilidades de impugnação do ato decisório. É nesse sentido que lhe é atribuída a alcunha de preclusão máxima, uma vez que toda preclusão é extinção de uma faculdade ou poder no processo (DINAMARCO, 2001, p. 3-4).

Reitere-se a importância em conhecer as peculiaridades tanto da coisa julgada material e da coisa julgada formal, como da preclusão, em razão destes incluírem-se entre “os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas” (DINAMARCO, 2001, p. 4).

Dessa forma, como garantia de segurança nas relações jurídicas, a coisa julgada material revela seus efeitos negativo, positivo e preclusivo. O efeito negativo é o que impede o novo questionamento da matéria principal de lide já definitivamente decidida em juízo.

Por outro lado, o efeito positivo é aquele que vincula a jurisdição quanto à matéria já decidida com coisa julgada material, não podendo ser julgada, mesmo como questão incidental, de maneira diferente em outro processo (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 424-425).

O efeito preclusivo, por fim, dá-se em consonância com o princípio do deduzido e do dedutível, o qual provoca a imutabilidade da questão principal mesmo contra novas defesas ou alegações não arguidas no juízo em que se consumou a coisa julgada.

Tratando-se de um caso de investigação de paternidade, o efeito negativo é aquele que impede um sujeito de, ao obter novas provas, mesmo que inequívocas através de um exame de DNA, poder pleitear novamente o reconhecimento jurídico de sua identidade.

Noutro pórtico, a coisa julgada é restringida por seus limites subjetivos e objetivos. Objetivos são aqueles limites que delimitam a coisa julgada apenas para a parte dispositiva da sentença, a qual versa sobre a questão principal. Assim, questões incidentais arguidas no decorrer do processo não fazem coisa julgada, salvo se peticionadas através de ação declaratória incidental.

Dessa maneira, se surge, durante ação que cobra alimentos, questão incidental acerca de reconhecimento de paternidade, em regra, a decisão proferida sobre esta não fará coisa julgada, podendo ser objeto de nova demanda no judiciário.

Por outro lado, em breve síntese, os limites subjetivos da coisa julgada manifestam-se *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*. O primeiro é



a regra do Processo Civil, de maneira que só fará coisa julgada em relação às partes do processo. *Ultra partes* é aquele limite que transcende as partes do processo, atingindo terceiros determinados. Por fim, a coisa julgada *erga omnes* é aquela que provoca seus efeitos para toda a coletividade, é o caso, por exemplo, das ações de controle concentrado de constitucionalidade e das ações que tutelam direitos difusos.

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 416-424), além dos limites supracitados, encerra o exame do regime jurídico da coisa julgada, o seu modo de produção. Esse regime de produção abrange a coisa julgada *pro et contra*, a qual, para que surja, basta a decisão judicial proferida, de maneira que independe da procedência ou não da ação.

Há também a coisa julgada *secundum eventum litis*, a qual se produz de acordo com o resultado do processo. Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que se forma apenas quando se exaurem todos os meios de prova possíveis, de maneira que, caso essas sejam insuficientes à época da lide, uma nova demanda poderá ser ajuizada (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p.422-423).

No caso das ações de reconhecimento de paternidade, via de regra, aplica-se o regime geral, ou seja, a coisa julgada *pro et contra*. Assim, se julgada improcedente a ação por falta de provas, caso outras surjam posteriormente, essas não poderão ser arguidas. Anote-se, entretanto, interessante julgado¹ do Superior Tribunal de Justiça que aplicou o regime *secundum eventum probationis* à hipótese de investigação de paternidade, de maneira que o sujeito, após sucumbir na primeira lide por falta de provas, logrou sucesso em nova demanda jurisdicional legitimada através da prova resultante de exame de DNA.

3 A TENDÊNCIA DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada foi insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, como garantia fundamental do cidadão. Contudo, assim como todos os demais princípios e direitos fundamentais, ela não tem caráter absoluto, devendo ceder espaço à tutela de outros bens jurídicos que preponderem nos

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 226.436/PR. T4. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28/06/2001.



casos concretos levados à análise jurisdicional.

Para abarcar essas situações excepcionais, o sistema infraconstitucional previu expressamente algumas mitigações à coisa julgada, tais como a ação rescisória e a *querela nullitatis*. Essas ferramentas são utilizáveis quando da existência de graves vícios formais ou materiais que não possam ser convalidados – ao menos *a priori* – pela preclusão máxima das decisões.

Todavia, é preciso reconhecer que a coisa julgada é instituto antiquíssimo, que remonta ao Direito Romano e, naturalmente, dissona de algumas diretrizes perquiridas pelo atual Processo Civil.

É com base nessa premissa que parcela da doutrina e jurisprudência pátrias – em conformidade com evoluções já traçadas pelo direito estrangeiro – sustentam a necessidade de ampliação do restrito rol de afastamento da imutabilidade e indiscutibilidade das decisões judiciais, mormente quando se está diante de decisões transitadas em julgado que albergam latentes situações de injustiça.

A proposta de modificação interpretativa do instituto almeja afiná-lo aos modernos paradigmas do Direito Processual Civil, dentre eles a busca pela tutela efetiva dos direitos.

Como bem ressaltou Marinoni (2004, p.1), a problemática em apreço trata de complexa questão atinente à Filosofia do Direito, qual seja, a tensão existente entre a justiça das decisões e a segurança jurídica.

Há fortes e variados argumentos para defesa de ambos os posicionamentos teóricos. No entanto, em razão da natureza e extensão deste singelo trabalho, apresentar-se-ão apenas as principais razões de cada corrente, para, posteriormente, prosseguir-se à análise do caso concreto objeto deste estudo.

3.1 Argumentos contrários à relativização

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 447), a coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e que reflete a necessidade humana de segurança. Em todas as suas ações o homem busca esse valor, já que indispensável para a sua tranquilidade e para a paz social (HOLZ, 2006, p. 7).

Nessa senda, as relações jurídicas precisam ser definidas com previsibilidade, o que só ocorre quando o provimento jurisdicional deixa de ser passível de alteração pela via recursal, pacificando-se definitivamente os conflitos surgidos no Direito Material.

Assim, a coisa julgada material seria atributo indispensável ao Estado



Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, pois os conflitos devem ser solucionados cabalmente para que seja garantida a estabilidade das relações sociais (MARINONI, 2004, p. 3-4).

Os adeptos desse posicionamento entendem também que a relativização não asseguraria a prolação de nova decisão judicial condizente com os parâmetros de justiça, pois se o Estado-juiz errou no primeiro julgamento, também pode errar no segundo (MARINONI, 2004, p. 4).

Outrossim, a ampliação das hipóteses de rescisão da coisa julgada material estimularia a eternização dos conflitos e agravaria a morosidade do Judiciário, sendo contrária, portanto, aos objetivos perquiridos pelo atual Processo Civil (MARINONI, 2004, p. 19).

3.2 Argumentos favoráveis à relativização

Em sentido diametralmente oposto, os defensores da relativização da coisa julgada aduzem que não se deve resguardar uma decisão injusta apenas para fazer prevalecer a sua imutabilidade, em nome da segurança jurídica (FONSECA, 2009, p. 87).

A segurança e a coisa julgada não são absolutas e, por isso, devem conviver com a indispensável justiça das decisões, prevista na garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). Assim, a exigência de estabilização das relações sociais não pode prejudicar a justiça dos resultados que o processo deve produzir (DINAMARCO, 2001, p.4).

Para os conseqüentes dessa corrente, o caráter absoluto atribuído à coisa julgada é, pois, um dogma a ser superado, de modo a se conferir a necessária legitimidade ao sistema jurídico-processual. A coisa julgada não tem um fim em si mesmo: ela é instrumento que deve proporcionar a pacificação social através da realização da justiça (RODRIGUES; AGACCI, 2012, p. 28).

Arrematando essa linha de pensamento, Pontes de Miranda concluiu que “levou-se muito longe a noção da *res iudicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer de *albo nigrum* e mudar *falsum in verum*”.

Combatendo tal conjuntura, a proposta de relativização atípica da coisa julgada busca promover a revisão de sua carga imperativa toda vez que afrontar a moralidade, a legalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade ou desafinar com a realidade dos fatos (DELGADO *apud* DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p.441). Mitigar-se-ia a coisa julgada, enfim, sempre que ela afrontasse os ditames do que é justo e esperado na prolação de uma decisão judicial.



4 ESTUDO DE CASO: AÇÃO DE PATERNIDADE TRANSITADA EM JULGADO NÃO FUNDADA EM EXAME DE DNA

Tornando agora mais delimitado o objeto desta pesquisa, passar-se-á ao exame das implicações concernentes à relativização da coisa julgada num caso² em concreto apresentado à resposta jurisdicional.

Trata-se do emblemático Recurso Extraordinário nº 363889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 02/06/2011.

D.G.S., com oito anos de idade, representado por sua mãe, ajuizou ação de investigação de paternidade contra seu pretenso genitor, G.F.R.. O pedido do autor foi julgado improcedente por insuficiência de provas, não se tendo realizado o exame de DNA, à época em seu início, haja vista seu alto custo e a inexistência de lei que determinasse ao Estado arcar com a feitura da perícia para aqueles que fossem beneficiários da Justiça gratuita.

Posteriormente, quando D.G.S. já era adolescente, buscando a realização do exame de DNA, propôs nova ação de investigação de paternidade, que dessa vez tramitou perante a primeira instância até a fase instrutória. Contra a decisão saneadora foram interpostos agravo e então recurso extraordinário, cujo acórdão ora se analisa.

O autor já contava com vinte e nove anos de idade quando se deu o julgamento do recurso, tendo a Suprema Corte reconhecido, por unanimidade, a repercussão geral nos casos de ação de paternidade julgada improcedente por falta de condições materiais para a realização da prova pericial de DNA.

Assim foi ementado o *decisum*:

EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 363.889/DF. Pleno. Min. Dias Toffoli. j. 02/06/2011.



RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF, 2011, p. 1-2)

Por maioria de votos o Tribunal deu provimento ao recurso extraordinário, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, e estando ausentes o Ministro Celso de Mello e a Ministra Ellen Gracie. Os Ministros da Suprema Corte sustentaram duas teses antagônicas, a seguir explicitadas.

4.1 Consequências da não relativização da coisa julgada na hipótese em apreço

Muito embora o recurso extraordinário interposto por D.G.S. tenha sido provido para dar continuidade à nova ação de investigação de paternidade



ajuizada pelo demandante, houve robusto posicionamento contrário à mitigação da coisa julgada preteritamente constituída.

O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, inaugurou seu voto aduzindo haver “mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que em ser injusto, para salvaguardar as aparências de justiça” (STF, 2011, p. 148).

Sustentou, citando o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que permitir o abandono da coisa julgada fora das hipóteses expressamente cominadas em lei seria uma verdadeira espada de Dâmoques pendendo sobre as cabeças dos cidadãos, pois se instauraria verdadeiro caos social (STF, 2011, p. 150).

Isso porque a coisa julgada tem envergadura constitucional, e é ela quem assegura o término da jurisdição. Assim, seria impossível a modificação do pronunciamento judicial após mais de vinte anos de sua prolação, tendo em vista o solapamento do princípio da segurança jurídica. O eminente Ministro comentou que (STF, 2011, p. 151):

Há valores em jogo e, para mim, o maior está na segurança jurídica. Se, de um lado, é dado dizer que o autor, o recorrente, tem direito subjetivo de saber quem é o pai dele, é preciso imaginar que o réu pode ter uma família estruturada e que a possibilidade de revisão, a qualquer momento, de situação já definida pelo Estado-juíz, com a improcedência do pedido formulado na ação de investigação anterior e a reabertura da controvérsia, pode muito bem abalar essa situação familiar. A família também se faz em jogo sob uma outra óptica, que é a óptica favorável ao recorrido.

A seu turno, o Ministro Presidente Cezar Peluso argumentou que a garantia da coisa julgada consubstancia-se no princípio da certeza jurídica. Serve, pois, à construção da eticidade do Direito que, para López de Oñate, não está na verdade jurídica, mas na segurança jurídica, já que não há vida digna sem certeza (STF, 2011, p. 153).

Para ele (STF, 2011, p. 156), a relativização da coisa julgada não se justifica pela chamada busca da verdade real, visto inexistir no processo verdade material ou formal, mas apenas a verdade possível, aquela que é atingível dentro dos limites da imperfectibilidade humana.

Assim, é inviável a revisão da situação jurídica julgada definitivamente, porque se não houver certeza e estabilidade sobre tal



definição normativa, não se atingirá a tranquilidade social (STF, 2011, p. 157).

Rebatendo o argumento de que a coisa julgada deve ceder face à tutela da dignidade humana do autor, que tem o direito fundamental de conhecer sua origem genética, anotou o Ministro Cezar Peluso que:

Não é apenas a dignidade do autor que está em jogo neste processo. Está em jogo também a dignidade da parte contrária, que não pode, trinta anos depois, continuar sujeita a essa indefinição, a essa incerteza vital. Quem se coloque na postura do réu percebe que isso não é coisa irrelevante do ponto de vista da sua vida, sobretudo se tem família, que isso pode repercutir danosamente na sua família, na sua vida. Tal consideração, ou tal resguardo não faz parte também da dignidade humana? A mim me parece que sim [sic] (STF, 2011, p. 156).

Noutro pórtico, ressaltou-se que não seria lícito submeter a coisa julgada a constantes mitigações, de acordo com as novas descobertas científicas (STF, 2011, p. 86), pois a proteção conferida às decisões judiciais transitadas em julgado é responsável por promover a confiança recíproca entre os atores da sociedade, que se sentem seguros em pautar suas condutas à luz dos entendimentos proclamados pelo Estado.

Nesse sentido, segundo Barbosa Moreira, tanto o vencedor quanto o vencido beneficiam-se da indiscutibilidade inerente à coisa julgada, pois mesmo este passa a conhecer, com precisão, a subordinação de sua esfera jurídica ao interesse do outro (STF, 2011, p. 88).

Por essas razões, os Ministros dissidentes julgaram mais importante a salvaguarda do instituto da coisa julgada do que a proteção do direito individual de conhecimento genético pleiteado pelo autor.

4.2 Consequências da relativização da coisa julgada na hipótese em apreço

A tese vencedora, todavia, avaliou que o resultado do feito anteriormente ajuizado pelo demandante (improcedência por insuficiência de provas) não concretizou devidamente a proteção ao seu direito fundamental de conhecer sua origem genética.

Isso porque uma prova técnica crucial para o *decisum*, o exame



de DNA, não foi produzida em razão da carência financeira do autor e da inadequação do sistema estatal de amparo aos necessitados. Diante de tal conjuntura, entendeu-se justificada a mitigação da coisa julgada, tendo em vista o resguardo ao direito fundamental à identidade pessoal (STF, 2011, p. 105).

O Ministro Relator Dias Toffoli (STF, 2011, p. 30-31) argumentou que a intangibilidade da coisa julgada não é absoluta e, por isso, seu manto protetivo não pode obstar o reconhecimento de vício grave que contamine sentença contrária aos preceitos constitucionais.

A relativização da coisa julgada, nesses casos, não ofenderia a essência do instituto, tampouco o princípio da segurança jurídica, pois não há insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional.

Atendo-se especificamente ao caso, explicitou que:

O acolhimento da preliminar de coisa julgada, na hipótese vertente, é fazer tabula rasa das normas constitucionais e doutros dispositivos de lei mencionados nesta decisão. E mais: numa época em que tanto se propugna por uma justiça social, acessível à sociedade, independentemente da condição social ou financeira do jurisdicionado, o acolhimento da preliminar afigura-me um retrocesso, com todo o respeito dos que pensam em contrário. O processo não é um fim em si mesmo; é apenas um meio; é o instrumento da jurisdição; é o meio de que se vale o Estado para compor os litígios. Uma sentença terminativa, como a proferida nos autos da ação de investigação de paternidade processada na Terceira Vara de Família, não solucionou o litígio. Vale dizer: naquele caso, o Estado não exerceu a função jurisdicional; não disse o direito (STF, 2011, p. 16-17).

Ademais, salientou o Ministro Ricardo Lewandowski que, em se tratando de ação de estado, como a investigatória de paternidade, deve prevalecer a verdade real, e não a verdade ficta ou processual, motivo pelo qual se faz imprescindível a realização do exame de DNA (STF, 2011, p. 120).

Assim, julgou-se válida a mitigação da coisa julgada material de decisão de improcedência por falta de provas, em demanda sobre filiação, quando a possibilidade de produção de prova técnica capaz de reverter o



julgamento anterior só tenha se mostrado possível pelo avanço tecnológico superveniente (STF, 2011, p. 119), tal como ocorreu na ação promovida por D.G.S..

4.3 Posicionamento dos autores

Muito embora sejam fortíssimos os argumentos deduzidos pela corrente contrária à mitigação da coisa julgada material, acredita-se na correção da tese vencedora no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF.

Entende-se que o principal fundamento autorizador da relativização da coisa julgada no caso em exame é o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). Esse deve ser interpretado não como a simples possibilidade de se ingressar em juízo com uma ação, mas como o acesso à ordem jurídica justa, de acordo com Cappelleti e Garth (1988, p. 12).

É nessa esteira que caminha o Novo Processo Civil quando se propõe a realizar um processo justo, com um procedimento condizente com o direito material em litígio e que, ao fim, proverá uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, capaz de verdadeiramente garantir os direitos subjetivos ameaçados ou lesionados.

Nesse sentido, Cândido Dinamarco (2003, p. 305-306) afirma que:

Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

Um Processo Civil com tais propósitos não se coaduna com a sacralização do instituto da coisa julgada, sobretudo se ele se mostrar um entrave à concretização da justa tutela jurisdicional e à proteção de direitos fundamentais.

É que muitas vezes, como afirmou Maria Helena Diniz (2000, p. 195), a decisão acobertada pela coisa julgada não soluciona, na verdade, o conflito. Apenas o mascara, finalizando-o formalmente, impedindo-lhe de



retornar a juízo.

Exatamente essa é a situação retratada no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF. A ação de investigação de paternidade ajuizada por D.G.S. quando tinha oito anos de idade não tutelou o direito fundamental do autor de conhecer sua origem genética, porque a sentença julgou improcedente o pedido por insuficiência de provas.

Ou seja, por mais que o citado provimento judicial tenha resolvido a questão guerreada “com resolução de mérito” (art. 269, CPC), em razão da aplicação da regra de julgamento de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), não há como negar que o cerne dessa lide não foi examinado pelo magistrado.

O processo desenrolado na ação de investigação de paternidade não foi efetivo, porque D.G.S não descobriu, de fato, se tinha ou não relação de filiação com G.F.R., seu pretenso genitor.

Após o trânsito em julgado dessa primeira sentença, surgiu a possibilidade de realização do exame de DNA, prova técnica praticamente infalível para o alcance do desiderato de D.G.S..

Nasceu, então, a problemática: resguardar a segurança jurídica gerada pela coisa julgada ou mitigar esse instituto, mesmo que fora das hipóteses expressamente cominadas em lei, com vistas a promover um processo judicial efetivo na tutela do direito fundamental de D.G.S?

Escolhe-se a segunda alternativa, pois se crê que não é “legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas” (DINAMARCO, 2003, p. 227). Citando o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira³, entende-se imprescindível ter em mente que:

A vida é mais rica que nossas teorias. [...] O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências

³ Ilacção retirada do julgamento do REsp. 4.987/RJ, T4, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28/10/1991.



da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Desse modo, sustenta-se que enquanto o Poder Legislativo não abarcar no texto normativo essa situação peculiar da vida como hipótese de expressa relativização da coisa julgada (incluindo-a nos casos de ação rescisória), ou, ao menos, torná-la exemplo de coisa julgada *secundum eventus probationis* (não transitaria em julgado as ações de investigação de paternidade improcedentes por insuficiência de provas), o magistrado não pode permitir que situações de latente injustiça sejam simplesmente silenciadas pelo dogma da imutabilidade das decisões transitadas em julgado.

Isso porque maior do que o compromisso do Estado-juiz com a segurança jurídica é sua obrigação para com a tutela efetiva dos direitos dos cidadãos, vez que o objetivo maior da jurisdição não é a simples pacificação dos conflitos sociais, mas a pacificação com justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a reconhecida importância que tem a coisa julgada para a manutenção da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, ela não pode ser encarada como um dogma, impassível de flexibilização.

É que o atual Direito Processual Civil é informado pelo princípio da efetividade na prestação da tutela jurisdicional, pois o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a satisfação de direitos subjetivos.

Assim, em situações limítrofes, nas quais a coisa julgada se mostra verdadeiro entrave ilegítimo à concretização da tutela de direitos fundamentais – a exemplo das ações de investigação de paternidade improcedentes por insuficiência de provas –, é adequada a mitigação atípica desse instituto, porque a função da jurisdição é a pacificação *com justiça* dos conflitos sociais.

Entende-se que nesse sentido deve buscar evoluir o Direito Processual Civil e, por isso, defende-se a relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade não fundada em exame de DNA.



REFERÊNCIAS

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 2, jul.-dez./2001, São Paulo: Imprensa Oficial.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. **A relativização da coisa julgada: segurança jurídica x justiça da decisão**. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/867/873>>. Acesso em: 01. out. 2013.

HOLZ, Wantuil Luiz Cândido. **A relativização da coisa julgada no processo civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano 8, n. 8. jun. de 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Wantuil.pdf>>. Acesso em: 14. ago. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Relativizar a coisa julgada material?** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf)>. 2004. Acesso em: 14. ago. 2013.



RODRIGUES, Horácio Wanderlei; AGACCI, Francieli Stadtlober Borges. **Sobre a relativização da coisa julgada, seus limites e suas possibilidades**. Revista de Processo, São Paulo, v. 203, n. 37, jan. De 2012. p.1-38.

THE (IM)POSSIBILITY OF RELATIVIZATION OF RES JUDICATA IN PATERNITY'S RESEARCH ACTION NON-BASED IN DNA EXAM

ABSTRACT

This paper examines the implications about the relativization of res judicata in paternity's research action that were not established in DNA exam. It assays the essentials topics about res judicata, as it concept and elements. It analyzes the main arguments in favor and against the mitigation of res judicata. It also studies the case of the Extraordinary Appeal nº 363889/DF. It talks about the controversial tension between the legal security and the justice of the judgments. It concludes to the possibility of relativization of res judicata when, in extreme cases, it is necessary to reach the effectiveness of judicial protection and to solve social conflicts with justice.

Keywords: Res Judicata. Relativization. Paternity's Investigation.



A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO SER PARTE LEGÍTIMA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Juliana Rodrigues Luciano de Azevedo

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Vinícius Dantas Garcia

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

A legitimidade para ser sujeito ativo da ação de repetição de indébito de tributo indireto pago indevidamente ou a maior é objeto de intenso debate doutrinário e divergências entre o entendimento majoritário da doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Contudo, visualiza-se que os argumentos trazidos por este último mostram-se frágeis sob uma perspectiva constitucional do direito à restituição, bem como sob uma hermenêutica mais adequada, utilizando os métodos teleológicos e sistemáticos dos preceitos normativos contidos no Código Tributário Nacional. Sob esses enfoques, percebe-se que carece de lógica jurídica e até mesmo de constitucionalidade o entendimento jurisprudencial atual, contudo, esse entendimento que outrora se mostrava pacificado, começa a ser gradativamente alterado a partir de um recente precedente do Superior Tribunal de Justiça no que tange ao reconhecimento da legitimidade processual do contribuinte de fato para pleitear a

restituição de ICMS sobre energia elétrica pago a maior. É o começo de uma nova vertente no que tange a legitimidade do contribuinte de fato.

Palavras-chave: Tributo indireto. Contribuinte de fato. Legitimidade. Repetição de Indébito.

1 INTRODUÇÃO

Grande celeuma doutrinária e jurisprudencial gira em torno da possibilidade ou não de o contribuinte de fato figurar como sujeito ativo da ação de repetição de indébito tributário, isto porque o Código Tributário Nacional, ao falar sobre a possibilidade de restituição de pagamento espontâneo de tributo indevido ou pago a maior que o devido¹ em face da legislação tributária aplicável, em seu art. 165², afirma que essa possibilidade é um direito do sujeito passivo da relação tributária. Ocorre que, nos tributos tidos como indiretos, o sujeito passivo não arca diretamente com a obrigação, o ônus tributário é suportado por terceira pessoa, chamada de contribuinte de fato.

Assim, não sendo o contribuinte de fato sujeito passivo da relação jurídico-tributária, pelos termos legais não teria como este ser parte legítima para pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior por ele arcados. Nesse contexto, o objetivo geral da presente obra reside em analisar o debate dogmático e jurisprudencial acerca do tema, bem como repensar a legitimidade processual do contribuinte de fato a luz do processualismo moderno.

Para atingir o desiderato proposto, será necessário responder aos questionamentos que sintetizam todos os objetivos específicos deste trabalho, tais como: Onde se insere a figura do contribuinte de fato dentro do direito

¹ Na realidade, os incisos I, II e III do art. 165 do CTN, prevêem mais hipóteses em que seriam cabíveis o pedido de restituição ou repetição de indébito, contudo, todas as previsões normativas desses incisos são sintetizadas na efetuação de um pagamento de tributo indevido ou pago a maior, os incisos II e III apenas possuem o condão de demonstrar situações em que esse tributo será pago indevidamente ou em quantia superior.

² Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos.



tributário? Há lógica jurídica em sua ilegitimidade para propositura da ação de repetição de indébito tributário (restituição)? Como os tribunais superiores tem se manifestado sobre o tema? Tal entendimento é constitucional?

2 CONCEITO DE TRIBUTO INDIRETO

Inicialmente, para melhor compreensão da temática proposta, imprescindível se faz conceituar tributo indireto como sendo aquele em que o encargo tributário é repassado para terceira pessoa estranha à relação jurídico-tributária, ou seja, sujeito que não pratica o fato gerador³ e tampouco é responsável tributário por determinado tributo, e que acaba arcando com o ônus do seu pagamento, não por imposição legal, mas sim pela natureza de determinados tributos os quais permitem esse repasse do encargo econômico. De ocorrência muito comum em alguns impostos, esse repasse ocorre rotineiramente em relações consumeristas, onde a empresa praticante de determinado fato gerador repassa o ônus tributário embutindo-o no preço do produto ofertado aos consumidores.

O professor Eduardo Sabbag (2011, p. 408), ao falar sobre a classificação dos impostos, trás à tona a ideia de imposto indireto afirmando que “no âmbito do imposto indireto, transfere-se o ônus para o contribuinte de fato, não se onerando o contribuinte de direito”, aliás, essa distinção entre contribuinte de fato e de direito foi realizada pela doutrina especializada justamente para tentar dar contornos conceituais a duas figuras existentes na prática, mas que, por sua vez, são completamente ignoradas pela legislação tributária, o CTN não aborda tal nomenclatura, apesar do seu art. 166⁴ fazer referência a essa situação de transferência de encargo financeiro, natural de alguns tributos.

³Fato gerador de um tributo nada mais é do que a prática real de hipótese de incidência legalmente prevista, ensejando assim o surgimento da chamada obrigação tributária.

⁴Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.



2.1 Contribuinte de fato e sua impossibilidade de ser sujeito ativo da ação de repetição de indébito tributário

Como dito alhures, o contribuinte de fato é aquele que vem a suportar com o encargo financeiro de determinado tributo, é o terceiro, aquele que não possui qualquer ligação com a prática do fato gerador, mas que – pelo que Eduardo Sabbag (2011, p. 408) chama de “fenômeno da repercussão econômica” – acaba sendo incumbido do ônus de pagar o tributo.

Ocorre que, apesar de na prática arcar com o encargo tributário, no campo processual entende-se que o contribuinte de fato não possui legitimidade para propositura da ação de repetição de indébito tributário quando o tributo por ele arcado era, na verdade, indevido ou tiver sido pago a maior do que de fato seria devido. Isso porque a figura do contribuinte de fato não se encontra inserida dentro da relação jurídico-tributária ensejadora da cobrança de algum tributo, não sendo ele, portanto, sujeito passivo da relação, vez que, nos termos do que prevê o art. 121 do CTN, o contribuinte de fato, pelos termos legais, não é contribuinte, sendo este considerado apenas os que possuem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; por sua vez, também não é responsável, visto que sua obrigação não decorre de qualquer disposição legal, de modo que, não sendo sujeito passivo, não possui direito à restituição porque, nos termos do art. 165 do CTN, apenas o sujeito passivo é quem tem direito de restituir os valores por ventura pagos indevidamente ou a maior do que o devido.

Tal entendimento acima exposto é pacificado na jurisprudência dos tribunais pátrios, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça. Este egrégio tribunal entende que quando se trata de tributos indiretos, a norma tributária impõe que a restituição somente se faça ao contribuinte que houver arcado com o referido encargo ou que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido⁵.

Ocorre que esse entendimento, conforme se verá melhor mais adiante, não se mostra em consonância com os preceitos constitucionais, além de demonstrar uma interpretação equivocada do art. 166 do CTN, isto porque este artigo ao tratar do direito de restituição dos tributos que, por sua natureza, comportem a chamada transferência do respectivo encargo financeiro, apenas condiciona essa restituição à comprovação de se ter, de fato, assumido o

⁵ Entendimento exposto em acórdão proferido no Recurso Especial 903.394.



referido encargo. Erroneamente os tribunais têm interpretado esse artigo no sentido de que apenas o chamado contribuinte de direito está abarcado pela previsão normativa, ou seja, caberia ao contribuinte de direito comprovar que não repassou o encargo financeiro do tributo pago indevidamente ou a maior para o consumidor, fazendo jus assim à restituição. Contudo, percebe-se que esse entendimento não possui fundamento na própria previsão legal, o artigo em comento simplesmente não fala isso, não realiza essa distinção entre contribuinte de fato e de direito, aliás, seria ilógico se distinguisse, vez que se apenas o chamado contribuinte de direito fizesse jus à repetição de indébito não haveria necessidade alguma de existir o art. 166 do CTN, porque o direito de restituir do sujeito passivo – leia-se contribuinte (de direito) ou responsável – da relação jurídico-tributária já estava previsto no art. 165 do referido código, tornando a existência do art. 166 extremamente redundante e desnecessária.

É evidente que o art. 166 do CTN veio com o intuito de disciplinar uma situação jurídica ainda não abarcada pelos demais preceitos normativos existentes no mencionado diploma, e essa situação foi justamente a do chamado contribuinte de fato, ou seja, do terceiro que arca com o ônus econômico dos tributos indiretos. Assim sendo, a interpretação mais condizente com uma lógica jurídica seria através de um método sistemático, analisando-se todo o conjunto normativo simultaneamente, bem como mediante um método teleológico, visando os fins da norma legal. Utilizando-se tais métodos se chegaria a uma conclusão no sentido da extensão do referido artigo para abraçar tanto o sujeito passivo da obrigação tributária quanto o terceiro (contribuinte de fato) que eventualmente assuma o encargo de pagar determinado tributo, para ambos havendo a necessidade do interessado comprovar que de fato assumiu o ônus do tributo. Contudo, até mesmo a exigência dessa comprovação pode ser facilmente questionada, como se verá mais adiante.

3 LEGITIMIDADE PARA SER PARTE

Nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, o direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão, consubstanciado no princípio da inafastabilidade da jurisdição. Entretanto, para que a ação proposta seja eficaz para atingir a finalidade



almejada, é necessário que sejam preenchidos requisitos básicos, os quais são chamados de condições da ação e se perfazem no sentido de garantir a possibilidade de se chegar à sentença de mérito.

A existência da ação depende, portanto, do preenchimento desses requisitos, sem os quais ocorre a carência da ação, caso em que o processo será extinto sem apreciação do mérito da pretensão autoral. Assim, é necessário que estejam presentes os requisitos da presença da legitimidade das partes, do interesse processual e da possibilidade jurídica do pedido para a propositura da ação e obtenção de sentença de mérito, de acordo com o art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

O art. 3º do CPC⁶ ressalta a necessidade da existência da legitimidade na propositura da ação e, nesse contexto, é de salutar importância a análise aprofundada da legitimidade para ser parte, como condição da ação, para melhor entendimento da discussão que será travada a seguir, quanto à legitimidade ativa do contribuinte de fato para pleitear a restituição de tributo indireto pago indevidamente.

Nelson Nery (2012, p. 232), ao falar sobre o assunto, traz à tona que, no que tange ao âmbito material, tem *legitimatio ad causam* o titular do direito material discutido em juízo. Já no âmbito processual, possui *legitimatio ad causam* “aquele que afirma e em face de quem se afirma a titularidade do direito material discutido em juízo”.

Nesse sentido, e conforme os dizeres de Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 68), não basta a existência de um sujeito passivo e um sujeito ativo na relação processual para que a ação alcance a apreciação do mérito, é necessário que as partes pertencentes à relação processual sejam legítimas, nos termos da lei.

Assim sendo, as partes que possuem legitimidade para figurar em uma relação processual são os sujeitos da lide, e a legitimação ativa é a que possui aquele que é titular do direito pleiteado na relação processual. Entretanto, de acordo com Humberto Theodoro (2010, p. 74), não há critério único para constatar a legitimidade das partes de uma ação, devendo esta ser analisada de acordo com a situação concreta em que se posicione a parte frente à lide proposta e o direito pleiteado.

Superada a breve conceituação da legitimidade como condição da ação e requisito necessário para a obtenção de sentença de mérito, é mister

⁶Art. 3º. Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade.



que passemos à análise da legitimidade do contribuinte de fato para requerer a restituição do pagamento indevido de tributo indireto.

3.1 A legitimidade do contribuinte de fato para pleitear a restituição do pagamento indevido de tributo indireto

Como abordado anteriormente, o CTN, em seu art. 165, prevê o direito dos sujeitos passivos das relações tributárias de buscarem a restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior. Assim sendo, pelos termos legais, verifica-se que o contribuinte ou responsável possui direito à restituição dos valores pagos indevidamente. Essa garantia representa suma importância no que tange ao sistema tributário nacional, tendo em vista que qualquer impossibilidade ou dificuldade ao direito do contribuinte à repetição do indébito representaria verdadeiro enriquecimento ilícito do Estado.

Por outro lado, o art. 166 do supracitado código, ao lecionar acerca da restituição no âmbito dos tributos indiretos, criou certo obstáculo à consecução deste importante direito do contribuinte, como será demonstrado a seguir.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a interpretação do art. 166 deve ser feita de forma que se entenda que o dispositivo institui que o direito à restituição de tributos indiretos pertence ao contribuinte de direito, quando este comprove que não transferiu o encargo financeiro ao contribuinte de fato, ou quando, ao ter transferido o encargo ao contribuinte de fato, este o autorize expressamente a buscar a restituição.

Como dito alhures, contribuinte de fato é quem arca com o ônus financeiro, enquanto o contribuinte de direito é aquele que a lei determina como sujeito passivo da relação tributária, seja o contribuinte ou o responsável tributário.

Nesse sentido, o STJ entende que a definição do que instrui o supramencionado dispositivo deve partir do pressuposto de que toda a legislação tributária contribui para a interpretação e seu alcance. Assim, deve ser considerado, no processo interpretativo, dentre outras, as normas dos artigos 121⁷, o qual institui que o sujeito passivo da obrigação tributária

⁷Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.



principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo, e do art. 123⁸ do CTN, não permitindo a modificação da definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias.

Em face do acima exposto e em consonância com o próprio art. 165, que diz ter direito à restituição o sujeito passivo da relação tributária, o STJ fundamenta ser apenas o contribuinte de direito o legitimado para propor a ação de repetição de indébito quando do pagamento indevido de tributo indireto, buscando demonstrar que a legislação tributária não permite que possa ser considerado como contribuinte o terceiro que suporta o encargo financeiro de tributo do qual não é sujeito passivo, nos termos da lei.

Sendo assim, o entendimento dos tribunais pátrios é no sentido de que somente o contribuinte tributário de direito pode requerer a restituição de tributos pagos indevidamente, não tendo o contribuinte de fato legitimidade processual para pleitear a devolução de tributo pago a maior, por não participar da relação jurídico-tributária. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, sintetizou seu entendimento sobre o assunto na Súmula 546⁹.

Em suma, como já amplamente abordado anteriormente, para os tribunais superiores o contribuinte de fato não é titular do direito à restituição de valores pagos indevidamente quanto a tributo indireto recolhido pelo contribuinte de direito, não possuindo legitimidade ativa para propor a ação.

Entretanto, com a devida vênia, não concordamos com o entendimento do Egrégio Tribunal. Explicamos.

Inicialmente, é de se destacar que o entendimento quanto ao mencionado art. 166, CTN, em que pese demonstrar nítida preocupação em evitar o enriquecimento ilícito do contribuinte de direito, tem dificultado a restituição de tributos pagos indevidamente, tendo em vista que, na realidade tributária atual, quanto aos tributos indiretos, o sujeito passivo ou contribuinte de direito não é quem verdadeiramente suporta o encargo financeiro relativo aos tributos, mas sim o consumidor final. Ou seja, é o contribuinte de fato quem, no mundo fenomênico, suporta o que é devido de tributo, o qual é embutido no preço arcado pelo consumidor final.

⁸Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

⁹Súmula 546: cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte “de jure” não recuperou do contribuinte “de facto” o “quantum” respectivo.



Em decorrência dessa realidade atual do sistema tributário nacional, o qual se mostra cada vez mais complexo e com recorrentes alterações, o pagamento de tributos indevidos ou a maior ocorre constantemente, o que é suportado pelo contribuinte de fato, mas que não lhe pode ser restituído.

Por outro lado, quanto às exigências feitas ao contribuinte de direito no que tange à restituição de tributos indiretos, também há que se falar que são de difícil consecução, pois, quando há o repasse do encargo, como de fato ocorre na maior parte das vezes, o contribuinte de direito deve conseguir autorização expressa do contribuinte de fato, ou, não havendo, fazer prova de que não houve o repasse, o que não parece viável.

É evidente que, ao passo que os Tribunais Superiores se posicionam de forma a tentar coibir o enriquecimento sem causa do sujeito passivo da relação tributária, o que se verifica, na realidade, é que se permite que o Estado enriqueça ilicitamente. Isso porque as exigências supracitadas são de difícil realização, o que fere o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, é o entendimento do professor Alexandre Mazza:

Percebe-se, porém, que a mesma norma que visa repelir o enriquecimento indevido do contribuinte de jure terminou por criar uma forma direta de enriquecimento ilícito do Fisco. Isso porque nenhuma das alternativas dadas pelo art. 166 do CTN é realizável. Ora, sujeitar a restituição à prova de o requerente haver absorvido o encargo financeiro equivale a exigir demonstração de que não repassou a terceiros o peso econômico do tributo, ou seja, o contribuinte ficaria obrigado a provar fato negativo, o que sabidamente é algo inviável. E pior: não conseguindo provar a não transferência do encargo, o contribuinte necessitaria de expressa autorização dos terceiros para receber a restituição. Parece evidente que a obtenção de autorização individual, junto aos contribuintes de fato – mormente se levarmos em conta a situação das vendas a varejo – é exigência de cumprimento simplesmente impossível, já que pouquíssimos contribuintes de direito reúnem condições materiais de chegar a todos aqueles que adquiriram produtos no estabelecimento comercial, circunstância que impossibilita obter as tais autorizações referidas na lei (2005, p.01).



A dificuldade de o sujeito passivo ou contribuinte de direito atender às exigências do art. 166, apenas reforça a constatação de que o verdadeiro legitimado para pleitear a restituição do tributo indireto pago indevidamente é o consumidor final, contribuinte de fato, pois é ele quem suporta o encargo financeiro e tem seu direito lesionado em decorrência de um pagamento indevido, devendo o valor ser restituído a ele, que faz figura como parte da relação jurídico-tributária, de forma evidente.

Além disso, salutar ressaltar, como dito alhures, que a análise mais direta do próprio art. 166, sem levar em consideração o caminho interpretativo estabelecido pelos tribunais pátrios, nos permite concluir que é possível interpretar o dispositivo de forma que ele aceite a legitimidade do contribuinte de fato para pleitear a restituição do tributo pago indevidamente, tendo em vista que o artigo estabelece que a restituição de tributos indiretos “somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo”.

É evidente, portanto, que o contribuinte de fato, ao suportar o encargo financeiro de tributo indireto, faz parte da relação tributária, figurando como titular do direito à restituição quando o pagamento é indevido.

Por outro lado, em que pese defendermos que o contribuinte de fato é sujeito integrante da relação jurídico-tributária, no âmbito do pagamento de tributos indiretos, mesmo que, eventualmente, considerássemos como correta a tese que defende não ser o contribuinte de fato elemento da relação jurídico-tributária, ainda assim, seria defensável a legitimidade dele para pleitear a restituição do tributo pago indevidamente, com base na teoria que apresentamos a seguir.

José Mörchbächer (1998, p. 48) defende um posicionamento doutrinário segundo o qual se compreende que o contribuinte de fato possui legitimidade para pleitear a repetição do indébito por integrar uma relação jurídica com o Fisco, tendo em vista que este enriquece ilicitamente em decorrência do prejuízo suportado pelo contribuinte de fato, pelo pagamento indevido do tributo pelo contribuinte de direito.

Para tal corrente, a obrigação do Estado de restituir diz respeito à relação jurídica originada do enriquecimento ilícito do Estado com consequente prejuízo do contribuinte de fato. Tal relação seria diferente e independente da relação jurídico-tributária, que se daria apenas entre o Fisco e o contribuinte de direito. Desta feita, mesmo que se cogite não admitir a relação tributária entre o contribuinte de fato e o Estado, se aceitaria a restituição do tributo pago indevidamente, em razão dessa relação jurídica derivada.

É latente que o contribuinte de fato é quem possui legitimidade



no que tange aos tributos indiretos. Tanto assim o é que ao contribuinte de direito apenas resta o direito de repetir o indébito quando comprovar que suportou o encargo financeiro, ou apenas ficando dependente de expressa autorização daquele que suportou o encargo. É evidente que, se o contribuinte de fato autoriza a restituição pelo contribuinte de direito, é porque ele possui a legitimidade quanto a esse direito, podendo pedi-lo diretamente.

3.2 O vício de constitucionalidade da interpretação restritiva do art. 166 do CTN

O direito do contribuinte à restituição do tributo pago indevidamente é direito subjetivo com fundamento constitucional; entende-se que o tributo pago sem amparo legal, ou em quantia superior a prevista em lei, ou, até mesmo que venha a ser pago fundamentado em lei inválida, como bem assevera o magistério de Hugo de Brito Machado Segundo (2009, p. 420) “é consequência natural do descumprimento das normas constitucionalmente aludidas”, ferindo gravemente o princípio da estrita legalidade tributária. De modo que o direito de ter restituído um tributo cobrado com tais vícios independe até de alguma previsão expressa em lei infraconstitucional, ele é intrínseco à própria violação do princípio da legalidade, não permitindo que o Estado venha a beneficiar-se da sua própria torpeza. Nesse sentido, o mencionado autor também aduz que:

O direito à restituição do que tenha o contribuinte pago indevidamente tem inegável fundamento na Constituição, na medida em que esta garante que o tributo é devido na forma da lei e o legislador, por seu turno, está sujeito a limitações na definição do dever jurídico tributário. Assim, ainda que o ordenamento infraconstitucional nada estabeleça a respeito do direito à restituição do indébito, tal direito existirá, indubitavelmente, por força dos preceitos da própria Constituição. É um corolário daquele direito de somente pagar o que seja devido nos termos da própria Constituição e das leis (1999, p. 11).

Se assim é, o direito à restituição de tributo pago indevidamente ou a maior não pode se ver cerceado por qualquer lei infraconstitucional, devendo a norma desta natureza adequar-se ao fundamento constitucional



existente, de modo que a interpretação do art. 166 do CTN não pode se dar no sentido de restringir tal direito, ou será inconstitucional. Assim, uma vez visualizado o direito de restituir como direito constitucionalmente assegurado, a interpretação do mencionado artigo deve se dar no sentido de não permitir que qualquer que seja o contribuinte – de fato ou de direito – tenha esse direito constitucional oprimido. Restringir a interpretação desse artigo para que apenas contribuintes de direito façam jus à restituição, é limitar o alcance de um direito constitucional de uma extensa coletividade que cotidianamente arca, de fato, com o pagamento de vários tributos, permitindo que, na prática, acabe ocorrendo um enriquecimento sem causa do ente federativo responsável pelo tributo.

Não pode ser admitido que o Estado venha a enriquecer cobrando algum tributo indevidamente e limitando o direito à restituição apenas àqueles que não arcaram diretamente com este encargo financeiro – contribuinte de direito –, este, por sua vez, justamente por não ter sofrido o ônus da cobrança do tributo, nenhum interesse terá em ver esse mesmo tributo ser restituído.

4 RECONHECIMENTO, PELO STJ, DA LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO PARA RESTITUIÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA PAGO A MAIOR

Há de se ressaltar que o entendimento jurisprudencial quanto ao tema em discussão, apesar de se titular como pacífico, admitiu uma exceção, permitindo, em um caso específico, a restituição pelo contribuinte de fato de tributo pago indevidamente, o que nos dá maior base em prol da defesa de que essa permissão seja expandida de forma a abarcar todos os casos de pagamentos indevidos de tributos indiretos.

A exceção acima mencionada se deu no contexto da incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a energia elétrica. Ocorre que o ICMS estava sendo cobrado com a base de cálculo referente à potência de energia que era contratada entre o consumidor e a concessionária, e não quanto à potência efetivamente consumida de energia elétrica.

Nesse sentido, por ser o ICMS um tributo indireto, se permitia que a concessionária de energia elétrica que recolheu o ICMS como contribuinte de direito incluísse, no preço cobrado ao consumidor final, o valor correspondente ao pagamento do tributo a maior. Assim, como os consumidores finais eram os que suportavam o encargo financeiro da cobrança do ICMS que estava



sendo realizada de forma indevida, com base no valor contratado e não no valor efetivamente utilizado, eles ingressaram com ação declaratória cumulada com repetição do indébito para que fosse declarado que a cobrança feita com base no valor contratado era indevida e que houvesse a restituição dos valores pagos a maior.

Entretanto, os consumidores finais da energia elétrica obtiveram apenas procedência parcial, tendo em vista que o STJ reconheceu que a cobrança era indevida e que deveria ser recolhido o ICMS sobre o valor efetivamente utilizado e não o contratado, mas, por outro lado, considerou que não existia direito à restituição, sob o fundamento de que, nos termos do art. 165, do CTN, apenas o contribuinte de direito seria titular de tal direito¹⁰. Assim sendo, deveria, então, a concessionária, pleitear a restituição preenchendo os requisitos do art. 166 do CTN. Como houve o repasse financeiro, deveria comprovar a autorização expressa dos contribuintes de fato. Contudo, a concessionária não demonstrou qualquer interesse na busca pela restituição do ICMS pago indevidamente, tendo em vista que os contribuintes não poderiam, de qualquer forma, pleitear tal restituição ou tampouco deixar de consumir a energia elétrica, já que não existe concorrência à concessionária.

Diante de tal impasse, constatando que a concessionária não iria requerer a restituição, o STJ permitiu que os consumidores de fato tivessem direito à repetição do indébito referente ao ICMS pago a maior, no que tange à diferença entre a demanda contratada e a efetivamente utilizada de energia elétrica.

A decisão do Egrégio Tribunal demonstra o reconhecimento de que o contribuinte de fato é prejudicado quando ocorre o pagamento indevido quanto aos tributos indiretos, pois ele pertence diretamente à relação jurídico-tributária e, por isso, possui legitimidade ativa para propor a devida ação de restituição, de forma a buscar pelo que lhe é de direito.

5 CONCLUSÃO

O contribuinte de fato é sujeito passivo da relação jurídico-tributária, tendo em vista que ele é o sujeito que suporta o encargo financeiro relativo ao tributo indireto, de forma que o próprio art. 166 do CTN permite a interpretação

¹⁰ Entendimento exposto em acórdão proferido no Recurso Especial 960.476.



no sentido de reconhecer que aquele que suporta o encargo financeiro pertence à relação tributária.

Desta feita, sua ilegitimidade para propositura da ação de repetição de indébito tributário é completamente ilógica, e até mesmo inconstitucional. Ora, estabelecer que o contribuinte de direito só pode pleitear a restituição do tributo pago indevidamente quando estiver munido da expressa autorização daquele que verdadeiramente suporta o encargo financeiro do tributo indireto, comprova que o legitimado para requerer a repetição do indébito tributário é justamente aquele que deve autorizar o contribuinte de direito à requerer a restituição, ou seja, o próprio contribuinte de fato.

Por fim, com a devida vênia, em que pese os tribunais superiores estarem interpretando o supracitado dispositivo no sentido de que apenas o contribuinte de direito estaria abarcado pela previsão normativa como sujeito passivo da relação jurídico-tributária, temos que qualquer entendimento no sentido de rechaçar a legitimidade ativa do contribuinte de fato para propositura de ação de restituição é inconstitucional, pois limita o alcance de um direito constitucionalmente assegurado – o de restituir – a toda uma coletividade que arca diretamente com o pagamento desses tributos, permitindo até um indevido enriquecimento sem causa do ente federativo responsável pelo tributo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Alexandre Rossato. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Lasciate ogne speranza**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/lasciate-ogne-speranza/43>>. Acesso em: 10 out. 2013.

MÖRSBÄCHER, José. **Repetição do indébito tributário indireto**. 3. ed. São



Paulo: Dialética, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THE (IM) POSSIBILITY OF TAXPAYER IN FACT BE PART LEGITIMATE FOR FILING ACTION OF REPEAT TAX OVERPAYMENT

ABSTRACT

The legitimacy to be an active subject of action replay of overpayment of tax overpaid indirect or greater is the subject of intense debate and doctrinal differences between the prevailing understanding of the doctrine and jurisprudence of the Courts. However, it is visualized that the arguments brought by the latter show up fragile under a constitutional perspective of the right to



restitution, and under a more proper hermeneutics, using the methods of systematic and teleological normative precepts contained in the Internal Revenue Code. Under these approaches, it is clear that lacks legal logic and even constitutionality of the current legal understanding, however, that understanding was shown once pacified, begins to be gradually changed from a recent precedent of the Supreme Court in regarding the recognition of the legal standing of the taxpayer in fact to claim a refund of VAT on electricity overpaid. It is the beginning of a new section regarding the legitimacy of the taxpayer in fact.

Keywords: Tribute indirect. Taxpayer indeed. Legitimacy. Repeat Misuse.



A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O PROBLEMA DA PROVA SUPERVENIENTE NA PERSPECTIVA DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Izabela Walderez Dutra Patriota

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Bolsista do Programa de Recursos Humanos em
Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis da
Agência Nacional do Petróleo (ANP), PRH-ANP/MCT Nº 36

Marcus Vinicius Menezes de Melo

Acadêmico de Direito do 7º período da UFRN

RESUMO

Estudam-se os caminhos para a resolução de situações controversas debatidas na comunidade jurídica concernentes à Coisa Julgada Inconstitucional. É possível ver a necessidade de se buscar a relativização da coisa julgada, cuja decisão seja violadora dos princípios e regras constitucionais, mesmo depois de esgotadas as possibilidades recursais. Discorre acerca das justificativas que defendem a coisa julgada como conceito não absoluto, passível de relativização diante do caso concreto. Por fim, apresenta as formas de sua identificação e decisões dos tribunais superiores nesse sentido, ao passo que analisa a questão da prova superveniente e os seus meios de impugnação.

Palavras-chave: Coisa julgada. Inconstitucional. Relativização.

1 INTRODUÇÃO

Tema dos mais interessantes acerca da coisa julgada diz respeito a sua relativização. O Direito, como regulador das relações dos indivíduos, não pode ficar alheio às mudanças pelas quais vem passando a sociedade, principalmente por estar diante de um cenário eminentemente neoconstitucional. A coisa julgada inconstitucional surge, assim, em um contexto de insatisfação com a qual vem sendo tratada a matéria.

Por muito tempo a interpretação da coisa julgada foi restritiva, caracterizando-a como um instituto capaz de trazer estabilidade à decisão judicial que se tornaria insuscetível de modificação após seu trânsito em julgado. Deste modo, findo o prazo decadencial de dois anos para interpor ação rescisória, o conteúdo da sentença se tornaria imutável.

Nessa perspectiva, a coisa julgada existe porque consagra a segurança jurídica e evita a eternização das crises de insatisfação questionadas pelas partes que almejam uma resposta do Estado. Tal instituto concretiza os ideais de pacificação social e restabelecimento da ordem, impossibilitando o ajuizamento *ad eternum* da mesma demanda.

Enquadrada no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais do art. 5º, XXXIV, da Carta Cidadã, a problemática surge quando a decisão supostamente imutável pela coisa julgada conflita com outras garantias constitucionais. Aparecem tanto no cenário doutrinário quanto jurisprudencial, correntes defensoras da existência de hipóteses que flexibilizam a coisa julgada à luz do caso concreto.

A fim de evitar a cristalização de injustiças, doutrinadores e juristas defendem ser possível desconsiderar ou desconstituir, independentemente de propositura de ação rescisória e limitação temporal, a autoridade da coisa julgada material, permitindo ao órgão jurisdicional aplicar o direito ao caso concreto em desconformidade com o que fora anteriormente decidido em sentença eivada de inconstitucionalidade e flagrante injustiça.

Após assíduas pesquisas documentais por meio do entendimento doutrinário e jurisprudencial, enfim, aborda-se o entendimento dado à coisa julgada, à possibilidade de sua relativização, bem como às maneiras de identificá-la e impugná-la, apresentando, também, a situação da prova superveniente, com a devida análise dos julgados sobre a matéria. O tema é divergente e, por isso mesmo, instigante em ser discutido.



2 COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

A princípio, é cabível realizar algumas considerações acerca da coisa julgada. Pode-se conceituá-la como a imutabilidade da norma jurídica individualizada em uma decisão judicial. Este instituto jurídico constitucionalmente previsto representa tão somente um limite à possibilidade de revisão das decisões judiciais, por ser necessário que, em algum momento, sejam consideradas definitivas. Nessa perspectiva, a coisa julgada não assegura a justiça das decisões. Não se trata, portanto, de um instrumento de justiça, mas de segurança jurídica e de estabilidade das relações sociais (DIDIER, 2011, p. 418).

A imutabilidade da decisão judicial deve-se tanto pelo esgotamento das vias recursais - ou decurso do prazo para recurso - como pela impossibilidade de se rediscutir, por meio de nova ação, o que já foi objeto de decisão.

A coisa julgada trata-se de gênero da qual são espécies a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes (GRINOVER, 2011, p. 333)

2.1 Da relativização

Mesmo as sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada material podem ser relativizadas em casos excepcionalíssimos, nos quais se relativiza a coisa julgada a bem da prevalência de valores humanos, políticos, morais etc. de envergadura maior que aqueles que tiverem sido objeto da decisão (GRINOVER, 2011, p. 333). Diante desse cenário, faz-se indispensável, então, abordar as duas espécies atípicas dessa relativização - coisa julgada inconstitucional e coisa julgada injusta inconstitucional - uma vez que há a espécie tradicionalmente prevista em lei e aceita tranquilamente, qual seja a ação rescisória.



2.1.1 Coisa Julgada Inconstitucional

A imutabilidade da sentença, característica típica da coisa julgada, pode ser afastada de acordo com a disposição do art. 741, par. un.¹, e o art. 475-L, §1º², ambos do CPC, os quais trazem consigo a previsão de matérias que podem ser alegadas em sede de defesa típica do executado - embargos à execução e impugnação. Essa permissão é fundamentada na medida em que a sentença executada é fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF.

Da literalidade dos dispositivos mencionados, é possível entender que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF pode ocorrer das seguintes maneiras: redução do texto, quando a lei é declarada inconstitucional para todos os fins e desaparece do ordenamento jurídico; aplicação da norma à situação considerada inconstitucional, quando ela será válida para certas situações e inválida para outras; interpretação conforme a CF, quando, havendo mais de uma interpretação possível, somente uma delas for considerada constitucional (NEVES, 2012, p. 546).

Entende-se que esse fenômeno processual atua no plano da validade, e, por isso, gera a desconstituição da sentença. Ora, a alegação de inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença é forma de impugnação do conteúdo da decisão, referindo-se ao seu mérito, e não a aspectos formais do título executivo (NEVES, 2012, p. 547). É indispensável, ainda, a manifestação do STF. Em havendo a declaração concentrada da inconstitucionalidade em julgamento de ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, é possível a aplicação dos dispositivos legais, não bastando a declaração pelo juízo da própria execução - no julgamento dos embargos ou impugnação.

¹ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

² Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

II - inexigibilidade do título;

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.



Entende-se, ademais, da necessidade de que a declaração seja concentrada, ou que, ainda, a declaração incidental seja seguida de resolução do Senado Federal que suspenderá a lei ou ato normativo (art. 52, X, CF). Até porque, a declaração concentrada e a resolução de suspensão da norma realizada pelo Senado Federal possuem efeito *erga omnes*, a qual é exigência para a utilização do julgado do STF pelo executado em benefício próprio.

Ademais, frise-se o enunciado do art. 27 da Lei 9.868/1999:

Art. 27. 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.

Logo, a alegação da matéria prevista nos dispositivos do CPC analisados dependerá fundamentalmente da eficácia da decisão proferida pelo STF, somente podendo ser alegada quando a sentença impugnada tiver sido proferida em momento no qual o tribunal entenda que a norma era inconstitucional.

2.1.2 Coisa Julgada Injusta Inconstitucional

Este segundo tipo de relativização da Coisa Julgada, ao contrário do anteriormente comentado, não possui previsão legal, sendo apenas uma construção doutrinária e jurisprudencial. Na coisa julgada injusta inconstitucional a relativização se aplicaria às sentenças que produzam extrema injustiça, em afronta clara e inaceitável a valores constitucionais essenciais ao Estado democrático de direito.

Acredita-se que, em havendo sentença de mérito transitada em julgado com a enunciada extrema injustiça, ao se fazer um juízo de proporcionalidade entre valores constitucionais, o valor segurança jurídica inegavelmente cede espaço aos valores justiça e efetividade.

Ora, de acordo com a teoria principiológica de Alexy (2008, p. 85), os princípios não possuem caráter absoluto, sendo verdadeiros mandamentos de otimização. Há, pois, a exigência de sopesamento, a qual decorre da



relativização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, é possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material.

2.1.3 Da Segurança Jurídica

Entre as críticas encontradas na doutrina a respeito da tese da relativização da coisa julgada injusta inconstitucional, coloca-se em primeiro plano a função primordial para o Estado de Direito da coisa julgada. Afirma-se que a segurança jurídica advinda da coisa julgada é essencial para a estabilização das relações jurídicas, sem o que não se sobrevive em sociedade democrática. Fala-se também que a segurança jurídica prometida pela coisa julgada é essencial à promessa de inafastabilidade da jurisdição, porque a tutela jurisdicional passível de revisão sem prazo nem forma procedimental afasta a própria razão de ser desse princípio constitucional.

Ressalve-se, no entanto, como já elucidado, que a segurança jurídica e o princípio da inafastabilidade não são absolutos frente à tutela dos demais bens jurídicos que podem ser ameaçados e lesados por uma coisa julgada. Não há vício maior que a desconformidade com a Carta Magna. Não se admite que, em nome de uma pretensa segurança jurídica, atos inválidos por desconformidade com a Constituição Federal gerem efeitos respaldados pelo Estado. A relativização da coisa julgada, nesse sentido, atua em favor da segurança jurídica. É que o jurisdicionado não há de sentir-se seguro se o Estado não lhe garante uma prestação jurisdicional necessariamente conforme à Constituição.

Resta a conclusão de que “o valor segurança inegavelmente cede espaço aos valores justiça e efetividade, não somente no campo doutrinário, mas também na seara legislativa e jurisprudencial. É nesse contexto que se situa a discussão acerca da relativização da coisa julgada” (BRANCO, 2009, p. 44).

3 MANEIRAS DE IDENTIFICAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Para que possa haver a declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada faz-se necessária a adoção de critérios objetivos a fim de que seja preservada a segurança jurídica. Compete ao Pretório Excelso o controle de constitucionalidade e o julgamento - mediante recurso extraordinário -



das decisões que contrariem a Carta Cidadã bem como exercer o controle incidental. Sendo assim, é função precípua do Supremo Tribunal Federal estabelecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas e decisões em última e única instância.

Logo, suas decisões são usadas como parâmetro para fundamentar a existência de coisa julgada inconstitucional. Todavia, aquelas proferidas no controle difuso não são aptas a esta finalidade porque só produz efeitos entre as partes - não é *erga omnes* - e não alcança a parte dispositiva da sentença - não produzindo, portanto, coisa julgada material.

Já as decisões prolatadas no controle concentrado³ - por terem efeito *erga omnes*, efeito vinculante perante o Poder Judiciário e a Administração direta e indireta - fazem coisa julgada material, caracterizando a impossibilidade de o STF alterar seu posicionamento diante de um ato normativo declarado inconstitucional. Vale ressaltar, ainda, o efeito *ex tunc*, o qual determina a invalidade da norma inconstitucional desde seu nascedouro, não sendo válidos quaisquer de seus efeitos, ainda que respaldados por sentença que transitou em julgado, uma vez que foi corrompida pelo mesmo vício encontrado na norma. Em razão disso, somente as decisões no exercício do controle de constitucionalidade seriam o melhor caminho para sustentar a inconstitucionalidade da coisa julgada.

Contudo, a publicação da Lei 9.868/1999 veio regulamentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, estabelecendo a relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, determinando que se tornasse permitido, conforme o caso concreto, decidir pela restrição dos efeitos ou que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que ache conveniente. Com isso, nem toda ADIn possui efeito *ex tunc*.

Com o intuito de encontrar critérios objetivos para a inconstitucionalidade da coisa julgada, é possível a adoção da declaração de nulidade da coisa julgada fundamentada por decisões do Supremo Tribunal Federal com força obrigatória, as quais consistiriam além das ações diretas, as súmulas vinculantes e as decisões do controle difuso, desde que a suspensão da execução da lei tenha sido determinada pelo Senado Federal, conforme art. 52, X, da CF. Face aos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* que elas possuem, há

³ Art. 102, § 2º da CF : As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.



eficácia automática da decisão.

Ante o exposto, o parâmetro da relativização da coisa julgada deve ser conforme decisão proferida pela Suprema Corte. Não podendo ser declarada inconstitucional coisa julgada sem que antes tenha sido manifestado esse posicionamento.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 672), em sentido contrário, entende que a relativização geraria o “controle de constitucionalidade da sentença transitada em julgado”, se fosse adotado o pressuposto que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença que nela se fundou. Tendo em vista que o controle de constitucionalidade não possui caráter desconstitutivo, mas apenas declaratório. Convém pôr em relevo o seguinte trecho de sua obra:

(...) na hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por se nula – *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto.* (Grifo nosso).

É evidente que nem todas as questões podem alcançar a jurisdição constitucional, seja por inércia do interessado em recorrer à via extraordinária, por motivos dos mais diversos, seja em virtude da onerosidade demasiada das custas processuais, seja por não estarem preenchidos os requisitos. Verifica-se, portanto, a possibilidade de nunca haver pronunciamento sobre a constitucionalidade de uma determinada norma pelo Supremo Tribunal Federal, sendo, nesses casos, o Princípio da Segurança Jurídica sobreposto ao Princípio da Supremacia da Constituição.

Caso fosse possível o controle de constitucionalidade, seja direto ou incidental, de decisões em causa de menor importância, sem grande repercussão, seria um fator de grande insegurança jurídica, já que perderia quase que totalmente sua finalidade. Desta feita, a relativização da coisa julgada deve ser posta diante de relevante matéria debatida, a fim de otimizar e preservar ao máximo a segurança jurídica, mantendo a finalidade da jurisdição em resolver o litígio de forma definitiva diante do esgotamento das vias entre



as partes.

4 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Não adianta discorrer acerca da relativização da coisa julgada inconstitucional se não houver vias processuais para obter sua desconstituição. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro garante meios processuais de impugnação à coisa julgada inconstitucional de forma indireta, pois diferente do controle constitucional dos demais poderes, o Judiciário não possui instituto próprio previsto em lei de controle dos seus próprios atos. Dessa forma, é possível a consolidação de decisões inconstitucionais acobertadas pela proteção da coisa julgada. Pode-se, inclusive, responsabilizar o Legislativo por grave omissão em não ter dado a devida importância ao assunto.

Sob esta égide, a doutrina e a jurisprudência aconselham a recorrência aos meios indiretos e alternativos para desconstituir a coisa julgada e possibilitar um novo julgamento de mérito sobre a causa, quais sejam: a ação rescisória (art. 485 CPC), pelos embargos à execução com efeito rescisório (art. 741, parágrafo único) e, por fim, pelo mandado de segurança.

4.1 Ação Rescisória

A ação rescisória – ação autônoma intentada pela parte inconformada pela sentença de mérito em seu desfavor - poderá ser ajuizada, em regra, após o trânsito em julgado da decisão sob o prazo decadencial de dois anos. Esses são os ditames gerais da ação rescisória, porém, para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, é necessária a utilização de meios específicos taxados nos incisos do art. 485⁴ do CPC, mais especificamente o inciso V, ao “violar literal disposição da lei”.

O argumento de que o prazo decadencial utilizado para a Ação Rescisória é instituto que busca proteger a segurança das relações jurídicas decididas em juízo, permitindo uma solução definitiva das controvérsias, não mais tem convencido os doutrinadores a consolidar uma decisão ofensiva à ordem constitucional.

⁴ Art. 485: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida (...).



Por esse viés da doutrina, o prazo é visto como um empecilho da tentativa de sanar um vício gravíssimo com a inconstitucionalidade, por isso é proposta a reforma do dispositivo, para quando se tratar de vício que afronta a Constituição não haja limitação de prazo.

4.2 Embargos à execução com efeito rescisório

O art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil aduz:

Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Este parágrafo embasou fortes discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do possível caráter rescisório do dispositivo, defendido por aqueles que sustentam a Supremacia da Constituição, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional. Como afirma Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 4), defensor deste pensamento, a inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito *erga omnes* na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna.

Mantendo-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja, a sentença dispondo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a *res judicata*, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade.

No sistema de controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz, ao decidir qualquer processo, se vê investido no poder de controlar a



constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 84).

Em contrapartida, não podemos simplesmente conferir a uma lei ordinária o caráter de ação rescisória, seria uma interpretação muito extensiva da letra da lei, e ao se admitir tal hipótese, poderíamos conferir também a outros demais dispositivos infraconstitucionais tal efeito, o que acarretaria na destruição da própria coisa julgada. Diante disso, críticas foram formuladas a esta corrente, como a de Barbosa Moreira (2005, p. 108):

Suponhamos que um juiz convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considera-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: o que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e o outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação a primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda?

Entende-se como a mais acertada a corrente de que não é possível conceber a natureza rescisória ao parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, não só pelos motivos acima, como também pela possibilidade de recorrer a outros meios como o da própria ação rescisória, ao alegar inconstitucionalidade da norma, ou pela ação declaratória de inexistência, se ultrapassado o prazo decadencial, tendo em vista a falta de condição da ação; como embargo ao fundamento de uma execução sobre uma matéria inexigível, ou seja, impossibilidade do pedido.

4.3 Mandado de Segurança

O mandado de segurança também vem sendo suscitado pela



doutrina como remédio à coisa julgada inconstitucional, abordada pelo art. 5º, LXIX, da CF e com instituto próprio com advento da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, o mandado de segurança, igualmente conhecido por remédio heroico, é tido pelos doutrinadores como meio idôneo para impugnar o problema em questão da forma mais célere. Como já é de conhecimento geral, o mandado de segurança possui efeito suspensivo da sentença, dessa forma, se mostrando mais eficaz do que a ação rescisória propriamente dita, contudo, este remédio apresenta alguns óbices apontados pela jurisprudência os quais não podemos ignorar.

A começar pelo art. 5º, II, da Lei do Mandado de Segurança, *in verbis*: “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar; II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”. Este artigo foi ratificado através da súmula 267⁵, e junto a ele, editou-se também a súmula 268⁶: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”. Enfim, ambas as súmulas foram mais flexibilizadas ao longo de sua vigência, principalmente a 268, na qual agora é possível impetrar mandado na hipótese de coisa julgada inconstitucional, conforme o novo entendimento do tribunal.

O prazo para se impetrar o mandado de segurança contra a coisa julgada inconstitucional é de 120 dias após o trânsito em julgado da decisão, exceto se interposto por terceiro, já que este não foi intimado na sentença. Não obstante, existem correntes que defendem a impetração do mandado independentemente do prazo de 120 dias, defendida por estudiosos o aposentado desembargador mineiro Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 4) ao se apoiar em argumentos como:

Há que serem extraídas todas as consequências do reconhecimento da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo a que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo.

Há, portanto, uma maior aceitação do mandado de segurança

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 267*.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 268*.



como forma viável de combater a coisa julgada inconstitucional por parte dos tribunais, algo que não se notava até poucos anos atrás, avanço este muito promissor para efetivar a vontade da Constituição e impedir a proliferação da injustiça de uma forma célere e barata para o impetrante.

5 DA PROVA SUPERVENIENTE

Caso emblemático se deu na situação de falta de meios tecnológicos adequados para auferir provas concretas no tempo do julgamento e da decisão. É exemplo típico, a situação da prova superveniente na ação de investigação de paternidade já transitada em julgado. Ora, se na época do recolhimento das provas não havia prova técnica pericial satisfatória, qual seja o teste de DNA - hoje com percentual de acerto próximo aos 100% - é certo que há sim a necessidade da flexibilização da coisa julgada.

Ressalve-se que em decisão inédita o STF se manifestou no sentido de admitir a relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade em virtude de exame de DNA não realizado na primeira demanda. O tribunal, por maioria de votos, no cotejo entre coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito à informação genética, preferiu prestigiar o segundo valor envolvido (NEVES, 2012, p. 553).

In fine, ilustra-se com a seguinte decisão:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. *Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando*



franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.^{II} -Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 427117 MS 2002/0044155-6, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 03/11/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.02.2004 p. 241REVFOR vol. 375 p. 310STJ vol. 179 p. 294)⁷.

Este é, senão, o entendimento mais acertado, até porque, o desenvolvimento tecnológico deve ser usado a favor da justiça e do processo. Se à época do julgamento não era possuído o acervo necessário para uma decisão justa, que a prova superveniente seja plausível de uso dentro dos ditames constitucionais da justiça das decisões.

6 JURISPRUDÊNCIA PERTINENTE

Já foram diversas vezes reconhecidos por tribunais superiores casos passíveis de reforma mesmo estando acobertados pelo manto da coisa julgada. *In fine*, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. LIMITES AO CONHECIMENTO. APLICABILIDADE DA REFERIDA NORMA. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. BALIZA TEMPORAL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA EDIÇÃO DA NORMA CITADA. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA TESE DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. 741 PARÁGRAFO ÚNICO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. É cediço que parte da

⁷ STJ. REsp 427117 MS 2002/0044155-6. Terceira Turma. Rel. Min. Castro Filho. Data do J. 03.11.2003. DJ 16.02.2004.



doutrina tem incansavelmente admitido a alegação da coisa julgada inconstitucional, albergando o art. 741, parágrafo único, do CPC, defendendo, inclusive, a possibilidade de alegá-la a qualquer momento.⁷⁴¹ parágrafo único CPC². Outra parcela entende que a norma em comento é inconstitucional, porquanto o princípio da coisa julgada seria maior que os outros princípios utilizados como parâmetro da tese da coisa julgada inconstitucional, razão pela qual não poderia, em nenhuma hipótese, o referido instituto ser desconstituído, ainda que em virtude de declaração de inconstitucionalidade da norma utilizada como fundamento para a prolação da sentença exequiênda.³. *A solução, contudo, a ser adotada deve ser um meio-termo, pois a tese da coisa julgada inconstitucional não pode ser utilizada como uma regra, mas sim como exceção, verificada caso a caso, sob pena de se enfraquecer a figura da coisa julgada (erigida a direito fundamental), bem como retirar de toda a sociedade a segurança jurídica, princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, sobretudo para que as decisões do Poder Judiciário tenham a força que um estado democrático reclama.*⁴. Parte-se da premissa de que as sentenças transitadas em julgado posteriores ou anteriores à declaração de inconstitucionalidade da norma podem ser desconstituídas (Resp 720953/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavaski).⁵. Contudo, antes da edição Medida Provisória nº 2.180/01, que incluiu o parágrafo único no art. 741 do CPC, a forma como deveria ser impugnada uma sentença transitada em julgado, proferida em desacordo com norma declarada inconstitucional pelo STF era por meio da ação rescisória.⁷⁴¹ parágrafo único CPC⁶. O princípio regente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o de que as normas processuais têm efeitos imediatos, mas respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada impõe que a MP 2.180/01, incluindo nova hipótese de matéria a ser alegada em embargos à execução por ser de ordem de processual é aplicável de forma imediata respeitada, obviamente a coisa julgada.⁷. Dessa forma, *a nova hipótese de matéria a ser tratada em embargos à execução, qual*



seja, a alegação de declaração de inconstitucionalidade de norma, somente pode valer a partir da edição da MP 2.180/01, em respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada (explícito) e segurança jurídica (implícito). Precedentes.8. Recurso especial improvido (STJ, REsp 883338 AL 2006/0196513-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/08/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.10.2007 p. 380)⁸.

Quanto ao Pretório Excelso, segue o seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA "RES JUDICATA" - "TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT"- CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial

⁸ STJ. REsp 883338 AL 2006/0196513-8. Sexta tirma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 15.08.2007. DJ. 01.10.2007.



encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - *A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada* (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. - O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (RE 554111 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 21-11-2012 PUBLIC 22-11-2012)⁹.

Nos termos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 554111, a manifestação foi no sentido de que a declaração de invalidade da coisa julgada só será proferida no caso concreto, beneficiando quem recorrer ao Judiciário. Não seria o caso de benefício pela mera ação declaratória de inconstitucionalidade do diploma normativo, uma vez que tal posicionamento abstrato não está apto para tanto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mostrou-se que a Constituição Federal possui entre suas características a constitucionalidade, devendo todos os atos do Estado estar em conformidade com suas disposições. Entre seus princípios norteadores,

⁹ STF. RE 554111 AgR-segundo. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J. 03.04.2012. DJ. 21.11.2012.



encontra-se o princípio da segurança jurídica, além de todos aqueles enumerados dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da segurança jurídica, no âmbito das relações jurisdicionais, utiliza-se do instituto da coisa julgada, a qual se funda em justificativas de natureza política e jurídica que, por sua vez, em consonância com a análise já realizada, foi entendido como qualidade que se agrega a sentença e a seus efeitos, concedendo à decisão judicial a característica de imutabilidade, com o intuito de perpetuar o que restou decidido pelo juízo em determinada demanda.

No entanto, restou entendido que essas características não são suficientemente fortes para se contrapuserem aos argumentos de que a coisa julgada não pode petrificar uma injustiça ou inconstitucionalidade. A existência de institutos como a ação rescisória e a revisão criminal demonstram, sem maiores delongas, indícios de que a coisa julgada não tem o poder absoluto que -de maneira equivocada- lhe é atribuído. O instituto da coisa julgada não pode ser utilizado como justificativa para manter imutáveis os atos judiciais proferidos em dissonância com a Constituição, com a possibilidade de serem perpetuadas injustiças.

Assim, a decisão inconstitucional transitada em julgado, não merece prosperar com tamanha rigidez de modo a ser considerada, dentro do ordenamento jurídico, superior aos demais princípios e regras constitucionais.

Conforme foi demonstrado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, defensoras da tese de que é possível a maleabilidade da coisa julgada inconstitucional, ganham força e consistência teórica. Portanto, consolidou-se o entendimento no sentido de que a relativização da coisa julgada inconstitucional é de grande importância para a harmonia e justiça do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2009.



DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material**. Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, n. 22, p. 108-109, jan. 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos**: processuais para seu controle. Juris Síntese, Rio Grande do Sul, n. 36. Jul./ago. 2002.

RES JUDICATA UNCONSTITUTIONAL: THE PROBLEM OF SUPERVENING PROOF ON THE APPELLATE POSSIBILITIES PERSPECTIVE

ABSTRACT

Study the ways to resolve controversial situations discussed in the legal community about the res judicata unconstitutional. See the need to seek the relativization of res judicata, whose decision is a violation of constitutional principles and rules, even after having exhausted the possibilities



appealable. Talk about the reasons that defend concept is not *res judicata* as absolute, subject to relativization on the case. Display forms of identification and decisions of higher courts in this regard. Examine the issue of supervening evidence and its means of dispute.

Keywords: Res Judicata. Unconstitutional. Relativization.



ALIENAÇÃO PARENTAL: UM NOVO CONCEITO

Marcelo Henrique de Oliveira Costa

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Maryane Pereira Damasceno

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Segundo consta no art. 2º da Lei 12.318/2010, o ato de alienação consiste na interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que esta venha a repudiar o genitor alienado, causando prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos paternos. À perspectiva legalista elenca a criança como mero instrumento da alienação principal estabelecendo como única vítima o genitor alienado, na medida em que ele é o alvo da conduta alienadora. Neste prático, percebe-se que a Lei finda deixando de tutelar as diversas relações familiares que a criança pode e deve desenvolver. Além disso, por ser um rol claramente taxativo, a referida Lei finda tendo sua aplicação limitada quando as relações afetadas pelo ato parental transbordam a esfera paterna. Desse modo, a pesquisa tem por fim trabalhar o que viria a ser um novo conceito de Alienação Parental, denominado Síndrome de Alienação Parental em Sentido Amplo, pensado a partir de uma interpretação sistêmica de nosso

ordenamento, pela qual é possível concluir que a visão legalista encontra-se incompleta, para não dizer equivocada, uma vez que prioriza os interesses dos genitores em face dos direitos do menor.

Palavras-chave: Alienação Parental. Criança. Genitor. Sentido Amplo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu com o intuito de abordar a alienação parental nas relações fraternais. Após estudar e pesquisar o tema com mais afinco, percebe-se que tanto a doutrina quanto a legislação pátria carecem de uma definição mais abrangente, capaz de tutelar de maneira eficaz o direito de todos aqueles cuja vida é afetada pelo nascimento da criança.

Desse modo, far-se-á primeiramente uma análise acerca da síndrome da alienação parental, para situar o leitor a respeito deste distúrbio, para, em seguida, classificar seu conceito em duas correntes distintas: a alienação parental em sentido estrito e a alienação parental em sentido amplo. O intuito disto é fazer com que o operador do Direito tenha a faculdade de identificar e imputar a prática alienante com maior flexibilidade, podendo assim, garantir com mais facilidade o interesse da criança no caso concreto, que deve ser sempre priorizado em qualquer disputa familiar.

2 CONCEITO DE ALIAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio que ganhou certa notoriedade nos últimos anos. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66, responsável por eliminar a necessidade de separação prévia no processo de divórcio, houve um considerável aumento na fragmentação do núcleo familiar.

No entanto, apesar de o divórcio ter sido desburocratizado, a guarda da prole do casal, quando não houver acordo a respeito, ainda é decidida judicialmente. Frise-se que, mesmo tendo o Código Civil de 2002 admitido e incentivado a determinação da guarda compartilhada, na tentativa de manter incólumes os interesses do menor em disputa, a jurisprudência pátria



infelizmente tende a optar pela guarda unilateral.

Com isso, instaura-se no núcleo familiar, já afetado pela dissolução da sociedade conjugal, um sentimento de animosidade e conflito entre os ex-cônjuges, que agora irão brigar judicialmente pela guarda da criança. Tais sentimentos, quando unidos à frustração oriunda da ruptura da sociedade conjugal, à mágoa existente entre os ex-cônjuges e ao próprio luto da separação, podem gerar um quadro sintomático capaz de fazer com que o guardião do menor incapaz sinta-se além de rejeitado pelo ex-cônjuge, ameaçado de perder aquilo que lhe é mais importante, o convívio com seu filho.

Nesse cenário específico, o guardião passa então a investir em uma campanha para desmoralizar o(a) antigo(a) companheiro(a) perante o menor que, por ter pouco discernimento dos fatos, finda transformando em verdades aquilo que lhe é informado. Com isso, inicia-se o processo de Alienação Parental, no qual um dos pais, agora denominado genitor alienador, passa a desmoralizar o outro, denominado genitor alienado, no intuito de impedir, dificultar ou tornar infrutífera qualquer tentativa deste em manter o vínculo afetivo com seu filho.

O psiquiatra Richard Gardner foi o primeiro a nomear e conceituar esta síndrome. Segundo suas próprias palavras:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2002, p. 2).

É salutar afirmar que o comportamento gerador da Síndrome de Alienação Parental muitas vezes é inconsciente e involuntário, pois é decorrente de um estado emocional atípico, cujo controle não é possuído pelo genitor alienador. Desse modo, como bem explica Richard Gardner (2002,



p. 2), a criança também age inconscientemente, graças ao condicionamento comportamental sofrido, servindo muitas vezes como arma usada para atingir a integridade psicológica do genitor alienado.

Segundo François Podevyn (2001, p. 9), o distúrbio em apreço possui três estágios capazes de afetar a criança. No primeiro, o chamado estágio leve, as visitas do genitor alienado geralmente acontecem de forma pacífica, que encontra pouca dificuldade na comunicação com o menor. Frise-se que nesta fase, as manifestações da campanha de desmoralização do genitor alienador são deveras imperceptíveis, sendo discretas e ocasionais. A motivação da criança neste cenário é de manter um laço sólido com o genitor alienador.

No segundo estágio, o denominado estágio médio, o genitor alienador utiliza uma gama de artifícios para excluir o genitor alienado do convívio com o filho. Tais condutas vão desde mentiras para justificar a não entrega da criança quando determinado, até mesmo a glorificação do alienador em detrimento do alienante, que passa a ser visto como aquele responsável por dar causa à separação do casal, causando todo o mal e sofrimento à criança.

Neste estágio, apesar de uma campanha mais intensa e uma aceitação maior das verdades ditas pelo genitor alienador por parte da criança, esta, quando em convívio com o alienado, consegue de certa forma cooperar para o estabelecimento da comunicação com o alienado. Tal fato pode ser explicado pelo desejo intrínseco e inconsciente possuído pela criança de querer manter o convívio e os laços afetivos com o pai/mãe ausente.

Porém, no último estágio deste distúrbio, o denominado estágio grave, a situação chega a tal ponto que os filhos passam a compartilhar os fantasmas criados pelo genitor alienador, os transformando em verdade absoluta. Nesse ponto, não há mais distinção entre o que fora criado e o que de fato é realidade. Aqui, a simples menção ao genitor alienado pode gerar pânico por parte da criança, que refuta com todas as forças a possibilidade de vir a conviver com este.

É o quadro patológico mais grave que uma criança vítima da Síndrome de Alienação Parental pode vir a sofrer. Mesmo afastada do genitor alienador por um período significativo, é quase impossível reduzir seus medos e suas cóleras¹.

Isto posto, o Direito, como não poderia deixar de ser, passou a tutelar

¹PODEVYN, François. Síndrome de Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.



o distúrbio em apreço, com vistas a manter incólume a saúde da criança, bem como o direito desta de conviver saudavelmente com seus pais. Desse modo, o legislador pátrio, por intermédio da lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, criou norma competente para definir e sancionar àqueles que incorrerem em tal prática. Para a melhor compreensão deste trabalho, far-se-á necessário definir Alienação Parental sob os olhos do ordenamento jurídico pátrio. Segundo o art. 2º da referida lei:

Art. 2 Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Frise-se que apenas conceituar esta síndrome não é suficiente. Para que os direitos da criança possam ser devidamente tutelados nos casos em que a síndrome de alienação parental for constatada, necessário se faz ter normas



cujo objetivo é sancionar o genitor alienador, de modo que, dessa forma, imbuí-se a referida lei de efetividade. Para isso, vide o art. 6º da lei em apreço:

Art. 6. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Percebe-se que a sanção ao genitor alienado varia de acordo com a gravidade ou o estágio que a síndrome atingiu na criança, vítima da violência. Com isso, pretende-se majorar o tipo de consequência a ser arbitrada no caso concreto, uma vez que, como é sabido, o interesse da criança é prioridade na resolução do conflito entre os pais. Desse modo, é deveras prejudicial tanto para o genitor alienador, quanto para a criança, a possibilidade prevista no inciso VII do referido artigo, uma vez que há a real possibilidade de privar o menor da convivência de um de seus pais.

A jurisprudência pátria, atenta a esta realidade social, já possui julgados no sentido preservar o interesse da criança em detrimento dos



interesses particulares dos pais.

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte.²

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO À MÃE/GUARDIÃ DE CONDUZIR O FILHO À VISITAÇÃO PATERNA, COMO ACORDADO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. INDÍCIOS DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA GUARDIÃ QUE RESPALDA A PENA IMPOSTA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.³

AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - AVERSÃO DO MENOR À FIGURA DO PAI - INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL - NECESSIDADE DE CONVIVÊNCIA COM A FIGURA PATERNA - ASSEGURADO O DIREITO DE VISITAS, INICIALMENTE ACOMPANHADAS POR PSICÓLOGOS - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

O direito de vistas decorre do poder familiar, sendo a sua determinação essencial para assegurar o desenvolvimento psicológico, físico e emocional do filho. - É certo que ao estabelecer o modo e a forma

²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70016276735. 7ª Câmara Cível. Rel. Des.(a) Maria Berenice Dias. j. 18/10/2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70016276735&tb=jurisnova>>. Acesso em: 10 out 2013.

³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70023276330. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Ricardo Raupp. j. 18/06/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70023276330&tb=jurisnova>>. Acesso em: 10 out 2013.



como ocorrerá as visitas, deve-se levar em conta o princípio constitucional do Melhor Interesse da Criança, que decorre do princípio da dignidade humana, centro do nosso ordenamento jurídico atual. - Nos casos de alienação parental, não há como se impor ao menor o afeto e amor pelo pai, mas é necessário o estabelecimento da convivência, mesmo que de forma esporádica, para que a distância entre ambos diminua e atenua a aversão à figura paterna de forma gradativa. - Não é ideal que as visitas feitas pelo pai sejam monitoradas por uma psicóloga, contudo, nos casos de alienação parental que o filho demonstra um medo incontrolável do pai, torna-se prudente, pelo menos no começo, esse acompanhamento. Assim que se verificar que o menor consegue ficar sozinho com o pai, impõem-se a suspensão do acompanhamento do psicólogo, para que a visitação passe a ser um ato natural e prazeroso.⁴

Destarte, para que seja possível abordar o objeto deste trabalho com maior precisão, é necessário destrinchar o conceito de síndrome da alienação parental. A definição prevista na lei é deveras limitada, excluindo, por exemplo, os casos em que a alienação parental se dá contra novo cônjuge de um dos genitores. Para tal finalidade, será proposto conceituar o distúrbio em estudo de duas formas distintas: Síndrome da Alienação Parental em sentido estrito e Síndrome da Alienação Parental em sentido amplo.

2.1 Alienação parental em sentido estrito

Para os que seguem esta corrente, a síndrome de alienação parental surge primordialmente na disputa judicial pela guarda da criança. Tem por intuito prevenir que o genitor alienado possa efetivar seu direito de visita ou mesmo incitar o Judiciário a vetá-lo:

⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0701.06.170524-3/001. 6ª Câmara. Cível. Rel. Des.(a) Sandra Fonseca. j. 25/06/2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.06.170524-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 out 2013.



Não raro, um dos genitores (involuntariamente mesmo) busca implantar na criança ou no adolescente (o seu próprio filho, neto, enteado...) a sua própria versão sobre a verdade(?) do relacionamento fracassado, imputando ao outro responsabilidades praticamente exclusivas ou especialmente graves, denegrindo a personalidade alheia e vitimando-se. É um processo de estabelecimento de comportamentos de “lobos e cordeiros”. Uma perturbação da relação afetiva existente entre a criança ou adolescente e um (ou ambos) de seus genitores ou familiares.

São exemplos típicos de alienação parental a propagação de notícias desqualificadoras da conduta do outro genitor, o empecilho para o exercício da visitação pelo genitor não guardião, a omissão de informações relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, dentre outras variadas hipóteses (ROSENVALD, 2012, p. 136).

Neste mesmo sentido pode-se citar que a

A alienação parental é o afastamento do filho de uns dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de quem padecer a criança vítima daquele comportamento (FONSECA, 2006, p. 12).

Desse modo, percebe-se que para os seguidores desta corrente – de fato melhor enquadrada nos ditames da Lei 12.318/2010 – a violência oriunda da prática alienadora é direcionada única e exclusivamente ao genitor alienado, assumindo-se a possibilidade de, no caso concreto, ambos os genitores atuarem como agentes e vítimas das ações alienantes.

Frise-se que no conceito tratado nesta seção, a síndrome de alienação parental em sentido estrito, por ter um viés primordialmente positivista, fixo aos ditames legais, admite que apenas o genitor da criança figure como vítima no caso concreto. Contudo, admitir tal limitação no mundo hodierno, no qual o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana impera em todos os ramos do Direito, é aceitar o fato de que após a dissolução da sociedade conjugal, o genitor que assumir novo matrimônio



terá de conviver com o fato de que seu novo companheiro não irá gozar da proteção da já citada lei.

Ora, como esperar que este alcance a felicidade se a nova pessoa com quem escolheu constituir família não é aprovada por seu filho? Pior, e nos casos onde é constatado ódio por parte da criança, que vê a nova figura existente em seu núcleo familiar como o fim das esperanças que possuía de ver seus pais mais uma vez juntos.

Nesses casos, há ainda a possibilidade de o genitor alienador mudar o foco de seus ataques para o novo membro da família, fazendo com que a criança torne a convivência com este um martírio, podendo ainda interferir severamente na saúde do matrimônio do cônjuge antes alienado. A lei neste caso específico não prevê a figura do padrasto ou madrastra como possíveis vítimas da síndrome de alienação parental.

Além disso, o conceito estrito prevê o fato de a alienação parental surgir primordialmente no bojo de um conflito para definir a guarda da criança, o que também não pode proceder. Apesar de a maioria dos casos atestados e conhecidos ser de fato oriundo do cenário de disputa judicial, não é correto deixar de lado os casos de alienação parental que não são levados ao conhecimento do Estado. Estes muitas vezes são os que geram mais dano à criança, que raramente é devidamente tratada, alcançando com o passar do tempo o estágio grave do distúrbio.

2.2 Alienação parental em sentido amplo

Com base no arguido na seção anterior e no intuito de manter incólume a primazia do interesse da criança, o conceito de alienação parental em sentido amplo visa proporcionar uma maior flexibilização no diagnóstico do distúrbio, vindo ainda a proteger uma gama maior de indivíduos, cuja convivência é de suma importância para o bem estar da criança.

Desse modo, a Alienação Parental em sentido amplo pode ser definida como sendo a violência usada contra a criança e um parente alienado, no intuito de privar aquela do convívio deste. Esta definição na verdade se enquadra muito bem naquilo que a denominação da síndrome em apreço deverá passar. A alienação é parental, ou seja, entre parentes, e não paternal.

Ressalte-se que alguns autores já vêm se desligando do conceito de alienação parental em sentido estrito, voltando seu foco de estudo para a violência sofrida contra a criança, e não contra o genitor.



A Síndrome de Alienação Parental tem sido identificada como uma forma de negligência contra os filhos. Para nós, entretanto, longe de pretender provocar dissensões terminológicas de pouca utilidade, A Síndrome de Alienação Parental constitui uma forma de maltrato e abuso infantil (TRINDADE, 2007, p. 113).

Com isso, é necessário abordar outro aspecto de suma importância no conceito de alienação parental em sentido amplo. Esta, ao contrário da anterior, procura tutelar principalmente a violência sofrida contra a criança, sendo esta a vítima principal. No conceito trazido pela lei por sua vez, o genitor alienado é a vítima.

Essa diferença é de suma importância para a garantia do interesse da criança, pois ao tratá-la como vítima, consequentemente passa-se a tutelar todos os direitos da criança porventura afetados pela conduta alienante. Oposto a isso, quando a vítima principal do ato de alienação parental é o genitor alienado, apenas as relações deste com a criança são tuteladas.

Ressalte-se que chega a ser inocente imaginar que apenas os genitores têm a capacidade de alienar e sofrer com a privação do convívio da criança. Apesar de a lei ter trazido salutar inovação a nosso ordenamento, ela infelizmente é falha neste quesito, pois limitou-se a descrever o que pode ser classificado como alienação paternal.

Este novo conceito é de suma importância, pois passa a tratar daqueles casos negligenciados pela jurisdição estatal. Ora, não é raro que após a dissolução da sociedade conjugal, um dos cônjuges contraia novo matrimônio, vindo a constituir nova família. Essa mudança no ambiente familiar deve ser trabalhada com muito cuidado com a criança, deve-se buscar incluí-la da melhor maneira possível na nova formação de família de um de seus pais.

No entanto, infelizmente é comum existirem casos nos quais o outro genitor, com inveja da felicidade de seu ex-companheiro, passa a desmoralizar o novo membro da família perante a criança. Nesse caso, o alvo dos ataques não é outro genitor, mas sim sua nova companheira. Nesse cenário hipotético podem surgir alguns outros problemas capazes de agravar a situação da criança.

A criança alienada pode começar a não querer frequentar o ambiente familiar de seu outro genitor, por conta de sua nova cônjuge. Nesse caso, apesar de não ter sido alvo, este se torna alienado de forma indireta, pois está sendo privado do convívio com seu filho da mesma forma que seria se



fosse o alvo dos ataques.

O genitor alienado pode ainda possuir o status de alienador, na medida em que responde aos ataques feitos a seu cônjuge. Este cenário é um dos piores para a criança, pois não importa para onde ela vá, terá de ouvir ataques desmedidos às pessoas que ela deveria ter mais carinho e respeito.

Todos esses exemplos são deveras explícitos e podem ser constatados com relativa facilidade, pois sempre há um alienador responsável por dirigir os ataques a determinado parente. No entanto, tendo em vista que a palavra chave da definição do conceito de alienação parental em sentido amplo ser violência, é possível constatar casos nos quais a alienação se dá de maneira sutil, quase imperceptível aos olhos do alienador e do alienado, sendo muitas vezes, fruto de um comportamento inconsciente.

O melhor exemplo para ilustrar esta possibilidade é aquele no qual o novo cônjuge e o genitor alheio ao novo matrimônio, apesar de não terem o comportamento agressivo padrão da alienação parental, deixam transparecer à criança o fato de não gostarem um do outro. A criança, ao perceber tal fato, pode sentir-se inibida a frequentar o lar do qual se pode a partir de então chamar de genitor alienado.

Outro comportamento capaz de afetar a psique da criança neste cenário é o tratamento diferencial que um filho pode ter. Coisas simples como sempre pedir favores ao afilhado e nunca ao filho, mesmo estando aquele ocupado e este desocupado, quando percebidos pela criança alienada, podem gerar danos à sua psique, sendo um dos mais comuns o complexo de inferioridade. Ora, o afilhado goza de toda mordomia em sua casa, tendo ainda o privilégio de conviver com ambos os genitores no mesmo lar, enquanto o filho é obrigado a fazer favores e aceitar o convívio separado de seus pais.

Percebe-se que mesmo sem a característica campanha de desmoralização, ainda há um comportamento capaz de inibir a criança ao convívio de um de seus parentes. Essa percepção é de suma importância, pois ao assumir tal possibilidade como verídica, seria possível determinar a existência da síndrome de alienação parental mesmo quando não houvesse a dissolução da sociedade conjugal, quando, por exemplo, sem justificativas os avós são privados do convívio do neto.

Isto posto, independentemente de qual corrente o operador de Direito use no caso concreto, ambas buscam tornar efetiva a primazia do interesse da criança. A dissolução da sociedade conjugal é um acontecimento deveras traumático para o filho do casal, sendo completamente desnecessária a adição de mais conflitos ao caso concreto.



Ao constituírem novo matrimônio, devem o pai e a mãe, em atenção ao interesse de seu filho, procurar inseri-lo da melhor forma na nova formação do núcleo familiar, sempre dando a certeza de que o amam independentemente do que acontecer. Devem fazer a criança compreender que os pais, a despeito de terem se separado, têm o direito de buscar a felicidade, seja com quem quer que seja.

3 CONCLUSÕES

Diante do exposto, percebe-se que a definição trazida pela lei para o ato de alienação parental é deveras insuficiente para tutelar de maneira efetiva o direito de todos os possíveis alienados. Com isso, a propositura da alienação parental em sentido amplo vem justamente para preencher a lacuna deixada pela lei.

Com isso, ao adotar este novo conceito, a primazia do interesse da criança tem uma garantia maior de manter-se incólume em qualquer situação, seja ela no bojo de uma disputa judicial pela sua guarda, seja no dia a dia pós-dissolução da sociedade conjugal, seja com o advento de um novo membro ao núcleo familiar fragmentado.

REFERÊNCIAS

FONSECA, Priscila Maria Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/html/1174/body/03.htm#back>>. Acesso em 09 out. 2013.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Disponível em <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhbGllbmFjYW9wYXJlbnRhbHxneDo3NWEzNjZiZTFjY2JjOWVl&pli=1>>. Acesso em: 27 set. 2013.

PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.



ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. Maria Berenice Dias (Coord.). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A Síndrome de Alienação Parental e o Poder Judiciário**. Disponível em: <http://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/Disserta%C3%A7%C3%A3o-A_SAP_E_O_PODER_JUDICI.pdf>. Acesso em 26 set. 2013.

PARENTAL ALIENATION: A NEW CONCEPT

ABSTRACT

By the read of art. 2º of Law 12.318/2010, the parental alienation consists in an interference on psychological formation of the child or teenager, promoted or inducted by one of their parents, grandparents or anyone that has the child or teenager under his cares, with the intent to tarnish the alienated genitor reputation, causing severe damage to maintain the emotional bond between parent and child. It is clear therefore that in the legal perspective, the child is a mere instrument of the parental alienation and that the only victim mentioned in the legal norm studied is the alienated parent. In this scenario, the law fails to protect the various family relationships that the child might be able to develop. Furthermore, because we are dealing with an exhaustive list, the law limits the perception and application of this syndrome in a particular case. With this, this



research aims to work the Parental Alienation Syndrome in a broader perspective, bringing a new concept named Parental Alienation Syndrome in Broad Sense. The systemic interpretation of our legal system it is possible to conclude that the legal perspective of the syndrome in analysis is incomplete, if not mistaken, since it prioritizes the genitor's interests in detriment of the alienated child.

Keywords: Parental Alienation. Child. Genitor. Broad Sense.



DIREITO À SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL ASSISTIDA POST MORTEM

Bruna Rosa Corrêa

Graduada em Direito pela Universidade do Sul
de Santa Catarina - UNISUL

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar os direitos sucessórios, disciplinados na parte especial do Código Civil, em especial, a possibilidade de garantir esses direitos aos filhos provenientes de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que partiu para análise do tema de forma ampla, percorrendo sobre as possíveis correntes doutrinárias. Como nível de pesquisa caracteriza-se exploratória, e como procedimento de coleta de dados foi utilizado a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a utilização de doutrinas, legislação, artigos científicos e periódicos. O estudo foi realizado com intuito de verificar se existem garantias constitucionais que amparem o direito sucessório à prole concebida através da reprodução assistida *post mortem*, uma vez que o Código Civil reconhece a filiação, ainda que de forma presumida, do filho concebido de inseminação artificial, conforme prevê o artigo 1.597, inciso III. Contudo, no que se refere à reprodução após a morte, não existe legislação específica no Brasil que regulamente sobre a matéria, apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010 que dispõe sobre a

colheita do material através do consentimento do doador.

Palavras-chave: Herança e sucessão. Reprodução assistida. Inseminação artificial humana *post mortem*.

"[...] Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça [...]".
(Eduardo Juan Couture)

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, será abordada a questão da problemática do filho concebido por intermédio da técnica de reprodução assistida através de inseminação artificial homóloga *post mortem* ter ou não seu direito resguardado à herança deixada pelo *de cujus*.

Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que partiu-se de uma análise geral do estudo das correntes divergentes para então atingirmos um ponto específico que seria a criação de legislação específica para regulamentar o direito ou não a herança para o filho concebido por meio da técnica de inseminação assistida após o falecimento de seu genitor. Quanto ao nível de pesquisa, utilizou-se a pesquisa exploratória e ainda como fonte de coleta de dados o estudo se deu com base na pesquisa bibliográfica, tendo em vista a utilização de doutrinas, periódicos, artigos científicos e ainda trabalhos acadêmicos.

A escolha deste tema justifica-se pelo fato de que diante das inovações apresentadas pelo meio científico, como por exemplo no campo da biomedicina e da biótica, o direito não tem conseguido total proteção em ampará-las e prever toda normatização jurídica ao seu redor.

Entretanto, procura-se, no decorrer deste estudo, apresentar a seguinte indagação: o direito à sucessão na inseminação artificial humana *post mortem* encontra ou não amparo legal, devendo o filho concebido por esta técnica ter ou não direito à herança, ainda que decorrente da sucessão testamentária?



2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O complexo de normas que estuda as relações familiares em relação aos seus aspectos patrimoniais, sociais, morais e jurídicos denomina-se Direito de Família. Este instituto se vale de uma relação afetiva que gera efeitos jurídicos, patrimoniais e sociais, por isso são relações complexas, pois não estão taxadas no Código Civil, seu vínculo constrói laços imensuráveis que são impossíveis de serem totalmente regulados dentro de um ordenamento.

A família tem suas origens no modelo romano-germânico (judaico-cristão), onde vigia o sistema patriarcal, religioso, ou seja, pelo sistema do pátrio-poder¹, em que o pai não tinha limites, comandava a família e era quem sustentava a mulher e sua prole. A mulher tinha apenas a missão de cuidar da casa, jamais se pensava que a mulher pudesse manter o sustento da família, pois, segundo o Código Civil de 1916, o papel da mulher era somente o de cuidar do lar, do marido e de seus filhos².

Com as mudanças mundiais e a falta de mão de obra, a mulher foi ganhando espaço no mercado de trabalho e houve uma grande mudança, culminando hoje na igualdade entre homens e mulheres perante a lei. Essas alterações foram advindas pela religião, tendo como resultado uma nova mudança na estrutura familiar.

Notadamente na França, em 1970, suprimiu-se a expressão “chefe de família”. No Brasil, essa mudança só ocorreu ao longo de muito tempo, mais precisamente, após ter sido promulgada a atual Constituição Federal de 1988, em que as mulheres foram ganhando espaço na sociedade³.

Embora o atual Código Civil de 2002 tenha sido projetado à década de 1970 e sancionado apenas em 10 de janeiro de 2002, sob a óptica da ordem cronológica, é com base na Constituição Federal de 1988 que o tratamento dado à nova filiação sofreu profundas modificações, não acarretando mais em

¹Paterno de pai; próprio de pai. Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA, 2001, p. 2151.

²Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Cf. BRASIL, 1916.

³Art. 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Cf. BRASIL, 1988.



qualquer tipo de distinção entre os filhos, tampouco aos havidos ou não do casamento (SCALQUETTE, 2010, p. 40).

Assim, para acompanhar a gradual mudança em relação à nova legislação, poder-se-ia afirmar que a família, atualmente, está mais ligada pelo vínculo do afeto do que pelos próprios laços consanguíneos.

Durante séculos o Estado somente reconhecia uma instituição familiar se esta fosse provida de matrimônio (ROCHA, 2009, p. 9).

Com advento da Constituição Federal de 1988, houve uma inovação com relação a três aspectos: igualaram-se os direitos entre o homem e a mulher, instituiu-se a igualdade entre os filhos, sejam estes havidos ou não na constância do matrimônio, e ainda consagrou o pluralismo familiar, qual seja, reconhecendo como entidades familiares a união estável e a família monoparental (SCALQUETTE, 2010, p. 40).

Para Wald (2005, p. 9) a evolução histórica das relações familiares conteve três momentos históricos que compreendem a família no direito romano, direito canônico e a família germânica.

Na perspectiva de Nicolau (2006, p. 41) pode-se afirmar que estamos vivenciando um mundo de incertezas onde o avanço das novas técnicas e as mudanças no instituto familiar requerem que sejam normativamente regulados:

No início do século XXI, vivencia-se o dilema da incerteza e da complexidade, similar, talvez, àquele experimentado no período romano, quando se entendia que o homem, pela sua vontade, era o condutor e único propiciador da existência de filhos, para, posteriormente, no período cristão, atribuir isso unicamente a Deus. Convive-se, agora, com a possibilidade de ver a criação de pessoas e filhos depender da vontade já não mais de Deus ou dos pais, mas de terceiros, servindo-se de conhecimentos científicos que, obviamente, não são acessíveis à maioria da população, carreando sérios e fundados temores quanto ao futuro e à própria existência da raça humana como hoje ela é conhecida (NICOLAU, 2006, p. 41).

No entanto, a certeza que se pode ter é que a relação com os filhos também evoluiu, afastando o tratamento de diferenciação entre eles, uma vez que a atual Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da igualdade entre filhos, adotando como justificativa o novo modelo de família composta



após 1988, conforme veremos no item a seguir.

2.1 O conceito de família pós 1988

Desde o Direito Romano até o Código Civil atual a família sofreu mudanças significativas em sua estrutura basilar.

Antes vista como um instituto que fazia reunir o homem e a mulher perante o matrimônio no qual se constituíam os filhos, hoje este conceito já não é mais adequado à nova estrutura da sociedade formada no século XXI. O conceito de família, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se muito mais extenso que a junção entre o homem e a mulher e a geração de filhos. Com base nesses e outros marcos históricos, o Código Civil de 2002 reformulou seu ordenamento, saindo de uma visão patriarcal e autocrática, começando a remodelar numa nova estrutura baseada nos anseios da sociedade.

É importante ressaltar as considerações feitas por Cachapuz (2006, p. 99), quando entende que a família é constituída em sua base estrutural: “Várias denominações foram sendo criadas ao redor da família, entretanto, ela representa a célula máxima da sociedade organizada onde o embrião da vida se produz”.

Desta forma, o conceito de família pós 1988, partindo de uma visão contemporânea, ganhou nova roupagem e, atualmente, outros atributos são concedidos a ela. Após essas considerações feitas, passemos a analisar sob quais fundamentos o conceito de família do século XXI encontra-se abarcado.

2.2 Direito à procriação

Procriar, segundo Queiroz (ano 11, n. 943) é gerar filhos, significa perpetuar a espécie. O direito à procriação encontra fundamento jurídico no princípio do planejamento familiar previsto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 e artigo 1.565, § 2º do Código Civil de 2002, que dispõe acerca da liberdade da entidade familiar em construir sua família de forma responsável e consciente, cabendo tão somente ao estado estabelecer políticas concernentes à responsabilidade que acarreta para o ato de reproduzir.

Com efeito, Celeste citada por Filho (2001, p. 373), entende que o direito a procriação constitui um direito maior, devendo ser assegurado a todo ser humano, *in verbis*: “A ética médica ou científica não se reduz à aplicação de uma lei”. A procriação é uma aspiração legítima de todo indivíduo.



Convém destacar que a procriação assistida provém dos avanços recentes da biotecnologia, trazendo enormes benefícios à humanidade, na tentativa de solucionar a esterilidade e infertilidade humana, sendo técnica utilizada tanto na inseminação artificial como na fecundação *in vitro*.

Entretanto, a procriação segundo Queiroz (ano 11, n. 943) revela-se como fato essencial à espécie humana, ligado à ideia de família. Como visto anteriormente, é na família que os filhos nascem e é com o nascimento dos filhos que as famílias se perpetuam. Assim são estabelecidas as relações jurídicas mais fundamentais para o ser humano.

Nesse contexto, ligado ao direito à procriação, passamos a discorrer sobre o que constitui a reprodução humana assistida e quais suas principais técnicas e formas, tendo em vista que este instituto se define como uma das formas de reprodução humana não natural, tornando-se capaz de procriar a espécie com ajuda da engenharia genética.

3 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Para melhor compreensão do tema, neste capítulo serão abordadas o que vem a ser a técnica de reprodução humana artificial, uma vez que o direito à proteção da família, disposto no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁴, vista no capítulo anterior, contempla também o direito ao uso das técnicas de reprodução humana assistida, enquanto direito de constituir família seja por meio natural ou artificialmente (KRELL, 2006, p.105).

A Constituição Federal de 1988 não faz menção, de forma expressa, quanto à possibilidade de originar uma família por meio da técnica de reprodução assistida. Contudo, é possível buscar, nas fontes formais do direito, a interpretação analógica, aplicando a técnica de inseminação artificial, mas, não significa dizer que esta interpretação deve ser estendida a qualquer técnica de reprodução humana. Para isso, serão apresentados posteriormente as técnicas existentes e qual merece amparo jurídico pelo legislador para serem aplicadas às entidades familiares em busca de sua procriação de forma artificial, isto é, por não conseguir, de forma natural, atingir a concepção.

Com efeito, Romeu (2002, p. 100) entende que o desejo de procriação é algo antigo e que vem sendo regrado desde as antigas leis civis. Por conta disso, a reprodução humana assistida serviu como procedimento

⁴Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Cf. BRASIL, 1988.



para possibilitar a criação de prole aos casais que possuem algum problema de infertilidade ou esterilidade. Assim, deixou de ser algo novo para se tornar um instituto cada vez mais conhecido, embora traga alguns problemas, tanto éticos como jurídicos, a serem enfrentados.

Sobre inseminação artificial, destaca Machado (2003, p. 32) que:

“[...] é o primeiro exemplo de procriação medicamente assistida, de intervenção do médico na reprodução humana. Trata-se de uma verdadeira revolução biológica, ética e social. A reprodução humana, sempre considerada como o elo mais íntimo do casal, com a procriação artificial, foi trazida para um ambiente de ampla participação, uma vez que tanto os óvulos quanto os espermatozoides, passaram a ser tratados fora do corpo humano”.

Com o rápido desenvolvimento das novas técnicas de reprodução assistida, os casais inférteis⁵ ou estéreis⁶ já dispõem de diversas formas para resolver o problema da incapacidade de procriar, tanto masculina quanto feminina, não mais sendo prevista tal discriminação para as mulheres, o que era realidade em determinado momento histórico (MACHADO, 2003, p. 32).

Não sendo possível atingir esse ciclo natural, o casal poderá optar em reproduzir de forma assistida, observando o que regulamenta a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10, que dispõe das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução artificial.

Diniz (2009, p. 546) adverte para a criação de lei que regulamente as técnicas de reprodução humana, uma vez que a procura por estes métodos cada vez mais os está vulgarizando. Contudo, a autora faz uma ressalva: “Dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade”.

Todavia, no entender de Dias (2010, p. 361), a reprodução humana artificial constitui em:

⁵[...] é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade. Cf. MACHADO, 2003, p. 21.

⁶Impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. É a incapacidade definitiva para conceber”. Cf. MACHADO, 2003, p. 20.



“[...] técnicas de reprodução assistida que permitem a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. A fecundação resultante da reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de *reprodução assistida*” (grifo do autor).

Dada a compreensão do que venha a ser a reprodução humana assistida, passamos a análise das principais formas de reprodução assistida prevista no Código Civil de 2002.

3.1 Formas de reprodução assistida prevista no Código Civil de 2002

Embora ausente legislação específica a fim de normatizar várias questões que envolvem a reprodução humana assistida, como por exemplo, a possibilidade ou não de conceder herança ao filho oriundo da técnica de inseminação *post mortem*, o atual Código Civil de 2002 prevê, em apenas um artigo, três novas hipóteses de presunção da filiação no que diz respeito às técnicas de reprodução humana assistida.

O artigo 1.597, inciso III, admite como presunção os filhos que foram concebidos da união do espermatozoide com óvulo de seus pais, tendo essa reunião ocorrida dentro ou fora do corpo da mãe, ou seja, de fecundação homóloga. Vejamos: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...]” (BRASIL, 2002).

Para Scalquette (2010, p. 74) no inciso IV do artigo supracitado estima-se como presunção de serem filhos os embriões excedentários decorrentes de inseminação artificial homóloga, isto é, somente aqueles que restaram da fecundação feita com material genético dos próprios genitores: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; [...]” (BRASIL, 2002).

Já no inciso V, considera como presunção os filhos havidos de fecundação heteróloga, isto é, aqueles decorrentes do uso do espermatozoide de um terceiro doador inserido para gestar no ventre da mãe.

Em suma, para admitir esta presunção, passamos à análise da



inseminação artificial homóloga e heteróloga e, em capítulo posterior, serão analisados os aspectos jurídicos que envolvem, em especial, o inciso III⁷ do artigo 1.597 do atual Código Civil de 2002.

3.2 Inseminação artificial homóloga e heteróloga

Considerando as várias técnicas existentes de reprodução assistida, o presente trabalho procurou tratar especificamente o conceito da técnica de inseminação artificial heteróloga e, em especial a homóloga, uma vez que essa última tem por objeto de estudo a problemática em desencadear se é possível ou não estender os direitos sucessórios ao filho oriundo da técnica de inseminação homóloga *post mortem*.

A inseminação artificial será homóloga quando for utilizado o material genético do próprio casal. Ocorrendo a concepção na constância do casamento, são presumidos os filhos havidos por esta técnica, ainda que falecido o marido, conforme dispõe o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002; não havendo necessidade de autorização do marido, ou seja, a parte final deste mesmo dispositivo legal ao prever “mesmo que falecido o marido”, deve ser interpretada tão somente para fins de reconhecimento da paternidade, observado o prazo limite de 300 dias da morte do *de cujus*.

Para Welter (2003, p. 213) este tipo de técnica “[...] diz respeito à coleta de material genético dos cônjuges ou conviventes. [...] o material genético (sêmen ou óvulo) pertence ao casal”.

No entanto, não significa dizer que, mesmo sem a autorização do marido seja permitido que a mulher possa realizar a inseminação artificial *post mortem*, ao contrário, ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para realizar a inseminação *post mortem* (DIAS, 2010, p. 362).

Já a inseminação artificial heteróloga ocorre quando da utilização de material genético de terceiro doador, estranho ao casal, contando com a autorização do marido para que esta técnica seja realizada. Este consentimento não precisa ser por escrito, bastando ser prévio e sendo obrigatório o sigilo sobre a identidade do doador e dos receptores⁸.

⁷ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; Cf. BRASIL, 2002.

⁸ Item IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES



No entanto, as consequências jurídicas advindas da utilização desta técnica, conhecida como heteróloga, acarretam diversos efeitos sociais e jurídicos, tornando-se prejudiciais para a segurança das relações jurídicas que envolvem o Direito de Família, que no presente trabalho não é alvo de estudo.

Passado à análise das formas existentes de reprodução humana assistida, com maior importância ao estudo da inseminação homóloga, na subseção seguinte, será objeto de estudo a inseminação artificial homóloga *post mortem* e seus aspectos que despertam inúmeras omissões na legislação civil brasileira, em especial no que diz respeito à questão sucessória, tendo em vista que o emprego deste tipo de técnica constitui grande relevância para que possamos compreender os direitos a tal técnica estendidos.

4 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DO DIREITO A SUCEDER POR MEIO DA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Em decorrência da falta de regulamentação específica acerca da problematização da técnica de inseminação artificial *post mortem*, existem *três correntes* que dividem o posicionamento dos doutrinadores do Direito de Família e Sucessório.

A *primeira corrente* entende que não são aplicáveis os direitos à herança para o filho inseminado após o falecimento do seu genitor, sendo este incapaz de suceder de forma legítima quanto testamentária, uma vez que o Direito Civil Brasileiro deveria dispor de forma expressa a proibição da técnica de inseminação artificial humana *post mortem*, assim não possibilitando que o interpretador do direito crie lacunas sujeitando tal aplicação. É o que defende Gama (2003, p. 1000):

No estágio atual do direito brasileiro não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post*

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010.



mortem, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos. Contudo, se a técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no pressuposto do risco, mas não para fins sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear reparação dos danos materiais que eventualmente sofrer. Nos casos das técnicas de reprodução assistida heteróloga (unilateral), os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e à maternidade-filiação são diferentes, porquanto apenas um dos cônjuges (ou companheiros) contribui com seu gameta, normalmente a mulher. O critério do vínculo que se estabelece entre a pessoa do casal que contribui com o seu material fecundante é o biológico, havendo origem na consanguinidade. [...]. Os pressupostos variam de acordo com a presença (ou não) do consentimento do marido (ou companheiro) no acesso da sua consorte à técnica de reprodução assistida heteróloga.

A *segunda corrente* defende a possibilidade de conceder herança ao filho inseminado *post mortem*, resguardando direitos na sucessão legítima quanto testamentária. De fato, compreende Almeida (2003, p. 104):

Os filhos nascido de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era posta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se



justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamento tem aptidão para ser herdeiro.

A *terceira* e última *corrente* considera que é possível estender os efeitos patrimoniais ao filho inseminado *post mortem*. No entanto, esses efeitos somente serão válidos a título de herança testamentária, se observado o prazo válido para concebê-lo que dispõe o artigo 1.800 do Código Civil de 2002, devendo o legislador prever prazo para que essa implantação do sêmen do marido falecido ocorra, evitando, assim, a possibilidade de interpretação diversa e, ainda, para preservar a segurança jurídica dos herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão.

Diniz (2009, p. 550) entende que somente via testamentária se poderá conceder efeitos patrimoniais ao filho proveniente de inseminação artificial homóloga *post mortem*. A autora destaca:

[...] a solução dada pelo art. 1.597, III, do novo Código Civil, admitindo a presunção de filiação, será preciso não olvidar que o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação post mortem, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798).

Na concepção de Cateb (2007, p. 179), os filhos ainda não concebidos possuem capacidade testamentária passiva, desde que estejam vivos ao abrir-se a sucessão. Vejamos:

Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas nomeadas pelo testador, têm capacidade testamentária passiva, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. A lei atende não à falta de personalidade, mas à não-existência do indivíduo, fazendo contudo, exceção à prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes na data da abertura da sucessão; [...].

No entanto, seguindo a disposição contida no artigo 1.800, § 4º, decorrido dois anos após abertura da sucessão, não sendo concebido o filho



esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos.

Neste contexto, diante dos três entendimentos apontados pela doutrina, é possível perceber que o legislador terá um grande impasse a enfrentar, uma vez que, além de autorizar a técnica de inseminação artificial *post mortem*, terá que regar as consequências futuras dela advindas. Logo, a questão deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais apresentados no capítulo anterior, levando em consideração o bem-estar da futura prole a ser concebida.

Destarte, cumpre ressaltar a importância de fixação de prazos para permissão de tal técnica, com base na segurança jurídica e o melhor interesse para criança, e ainda a importância da autorização expressa concedida para que a mãe possa realizar a possível inseminação homóloga *post mortem*, além de que o pai deixe, a título de testamento, que a prole eventual venha a ter seus direitos sucessórios resguardados, observado o prazo razoável de dois anos, senão menor, estabelecido no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.800, § 4º (BRASIL, 2002).

4.1 Direito a sucessão na inseminação assistida homóloga *post mortem*

Segundo o Código Civil de 2002, quanto à possibilidade de se realizar a inseminação homóloga *post mortem*, não há que se questionar quanto aos efeitos estendidos à filiação, se a concepção já tiver ocorrido no momento da morte de um dos genitores ou, até mesmo, se o nascimento ocorrer 300 dias após o falecimento de um deles, conforme dispõe no artigo 1.597, inciso II⁹.

Na prática, as partes podem se valer do teste de paternidade ou até mesmo maternidade, realizados em laboratório para obtenção do resultado pretendido. Todavia, no que diz respeito aos efeitos da herança para esse futuro ser, poderão ocasionar sérios problemas, tanto éticos quanto jurídicos.

Contudo, vale ressaltar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso III, reconhece a filiação, ainda que de forma presumida, do filho concebido por meio da técnica de inseminação artificial, em especial, a homóloga *post mortem*, conforme dispõe:

⁹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; Cf. BRASIL, 2002.



Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

Para Scalquette (2010, p.86) os incisos III, IV e V foram uma inovação frente aos avanços científicos trazidos pela nova edição do Código Civil de 2002, tendo em vista que na legislação anterior sequer havia menção.

Conforme observado, sob a óptica desses dois artigos supracitados, podemos compreender que há choque de interesses, uma vez que, no âmbito do direito de família, é previsível o reconhecimento da filiação por meio da concepção assistida, através de inseminação homóloga *post mortem*. Porém, na esfera do direito sucessório, até o presente momento, nada foi regulamentado. Neste caso, vindo o magistrado a deparar-se com um caso específico como este, deverá socorrer-se aos princípios, à analogia e às demais fontes que o direito proporciona.

É possível perceber, com base na terceira corrente apontada no item anterior do presente artigo, que os direitos à herança para o filho inseminado por meio da técnica de inseminação *post mortem*, só serão possíveis se o testador vier a deixar em testamento a parte da herança que caberá à possível prole eventual, preservando o princípio da segurança jurídica, isto é, para não prejudicar os demais herdeiros existentes à época da abertura da sucessão. Em contrapartida, não há que se admitir a inseminação artificial homóloga *post mortem* se não existirem critérios a serem respeitados.

Ademais, é de se concluir que, se for permitida a possibilidade em conceder herança ao filho inseminado após a morte de seu genitor, primeiramente, é necessária expressa concordância em vida para a realização de tal técnica pelo cônjuge sobrevivente, que os bens a eles estendidos sejam testados, pois é inadmissível serem considerados como herdeiros necessários ou legatários, por ter sido a concepção efetivada após a morte do genitor. Neste caso, não há que se falar em direitos sucessórios daquele que vai nascer.



Contudo, apesar dessas ponderações, nada se aplica se o legislador não estabelecer critérios para limitar que a realização da inseminação ocorra após o falecimento de um dos cônjuges.

Na mesma linha, entende Leite (2003, p. 110) que a criança concebida artificialmente após a morte de um dos cônjuges é uma situação anômala, tanto no direito de família quanto no direito das sucessões. O autor ainda acrescenta que a criança não herdará do genitor falecido porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão, ainda que o material genético implantado para gerá-lo tenha sido de ambos os cônjuges. Somente se houvesse previsão expressa na legislação favorecendo a criança, fruto da inseminação artificial *post mortem*, seria possível de cogitar os efeitos sucessórios.

De qualquer maneira, enquanto o Código Civil não avançar no sentido de estabelecer disposição para regulamentar a matéria, a doutrina e a jurisprudência encontrarão uma série de dificuldades quanto a sua aplicação real, não limitando a pacificação do assunto, visto que cada caso será tratado de acordo com o pensamento de cada julgador que venha a se deparar com a situação apresentada.

5 CONCLUSÕES

Com advento das mudanças ocorridas no meio social, o Direito de Família e o Direito das Sucessões sofreram profundas modificações para se adaptarem aos costumes e às regras da sociedade vigente. Algumas dessas mudanças encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, que inovou no sentido de resguardar maior proteção, estabelecendo o direito de igualdade entre os filhos.

Nessa perspectiva, podemos dizer que o legislador, ao editar o Código Civil de 2002, sentiu a necessidade de acompanhar o processo tecnológico que diz respeito à nova geração de reprodução humana, estabelecendo algumas das técnicas de reprodução medicamente assistida como, por exemplo, a inseminação artificial homóloga e heteróloga.

Esses avanços justificam-se pela rapidez da ciência e da tecnologia apresentada pela biomedicina e a engenharia genética em conjunto com o biodireito. Não obstante, a Resolução nº 1.957/10 veio revogar a antiga Resolução nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebendo várias modificações referentes à reprodução medicamente assistida. Inclusive, fez inserir o item VIII,



que trata da reprodução assistida *post mortem*, possibilitando sua técnica de acordo com a legislação vigente e desde que haja prévia autorização específica do falecido para a permissão de uso do material biológico para conceber uma futura prole.

No entanto, ao prever a possibilidade de fertilização após a morte por meio da criopreservação, surgiram vários questionamentos pelos doutrinadores, juristas e demais operadores do direito com relação à situação jurídica desse futuro ser que seria concebido.

Quanto ao reconhecimento da filiação, não há dúvidas, tendo em vista que o próprio Código Civil dispõe, em seu artigo 1.597, inciso III, que se presume filho os “havidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido”. Em contrapartida, no que se refere à questão dos direitos patrimoniais, estendidos a herança, existem várias implicações de serem ou não considerados herdeiros do *de cujus*.

Não há regramento específico no ordenamento jurídico brasileiro para tratar sobre as implicações jurídicas decorrentes dos direitos patrimoniais para o filho concebido por meio da técnica *post mortem*, apenas três posicionamentos que divergem sobre a sua aplicabilidade ou não, conforme elucidado no presente trabalho.

Enfim, diante da inexistência de legislação específica que regulamente o uso das técnicas de reprodução humana, bem como os efeitos jurídicos a elas estendidos, o presente trabalho não pretende esgotar a discussão acerca do tema, mas sim, enfatizar uma possível solução enquanto não advier legislação para pacificar os diversos entendimentos apontados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível



em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 30 mar. 2013.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família.** 1. ed. (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CELESTE *apud* FILHO, Sebastião de Oliveira Castro. **Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e biotética.** In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. cap. 15, p. 347-373.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010.** A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 01 abr. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as



relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

QUEIROZ, Victor Santos. **Direito à procriação: fundamentos e consequências**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 943, 01 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7905>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIGHT OF SUCCESSION IN ARTIFICIAL INSEMINATION ASSISTED *POST MORTEM*

ABSTRACT

This article aims to analyze the inheritance rights, disciplined in the special part of the Brazilian Civil Code, in particular, the possibility of securing these rights for children from homologous artificial insemination *post mortem*. As method, we used the deductive approach, once an extensive analysis of the topic was made, discussing possible doctrinal currents. The research level is exploratory and for the data collection we used literature in order to use doctrines, laws, scientific papers and journals. The study was conducted in order to verify whether there are constitutional guarantees that protect the inheritance rights to offspring conceived through assisted reproduction *post mortem*, since the Brazilian Civil Code recognizes the filiation, in a presumed way, of the child conceived from artificial insemination as shown in Article 1.597, paragraph III. However, regarding after death reproduction, there are no specific laws in Brazil that regulate the subject, only a resolution of the Federal Medical Council nº 1.957/2010 that



regulates the collection of the material after the consent of the donor.

Keywords: Heritage and succession. Assisted Reproduction. *Post mortem* human artificial insemination.



INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO VIA DESPESA PÚBLICA: O PAPEL DO PLANO PLURIANUAL

Julyana Araújo Marinho Fernandes

Graduada em Direito pela UFRN
Pós Graduada em Direito Constitucional

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Professor orientador

RESUMO

O presente estudo busca analisar a forma com a qual o Estado Moderno se comporta perante a Economia, fazendo uma breve análise histórica acerca da evolução do assunto nas Constituições brasileiras e de outros países, bem como dos seus desdobramentos. É intento do presente trabalho, outrossim, a tentativa de demonstrar como ocorre, atualmente, através de exemplos práticos e comuns à sociedade, a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, e o papel que o Plano Plurianual desempenha nessa atividade, através de sua inserção dentro do planejamento econômico nacional e da própria atividade financeira do Estado na atual sistemática mundial.

Palavras-chave: Intervenção do Estado. Economia. Atividade Financeira. Orçamento. Planejamento. Plano Plurianual.

1 INTRODUÇÃO

A concepção de Estado como a conhecemos hoje é fruto da evolução do pensamento humano e das transformações sociais e políticas da humanidade. É de se ter em mente que as diversas teorias e formas de pensamento que surgiram ao longo da história, sempre tentaram atingir um equilíbrio entre as liberdades individuais, o desenvolvimento, e a forma do Estado.

O primeiro sistema econômico organizado de que se tem notícia é o Mercantilismo, que surgiu no fim da Idade Média, o qual tinha como principal objetivo a manutenção da balança comercial em saldo positivo, todavia, os gastos externos, encabeçados pelos gastos com guerras, não diminuíam, e tendiam a fulminar as reservas nacionais, o que tornou o mercantilismo insustentável.

Na contramão dessa lógica Mercantilista encontrava-se a Inglaterra, que na virada do século XVIII para o século XIX, vivenciava a chamada 1ª Revolução Industrial. Com o desenvolvimento da tecnologia da máquina a vapor, conseguiu criar os fatores de produção em massa, o que permitiu tanto o desenvolvimento pioneiro da indústria nacional, como a evolução na forma de fazer a economia.

Mas é com Adam Smith, no ano de 1776, com a Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das Nações, que a teoria liberal clássica se desenvolveu. Em seus estudos, Adam Smith, chegou à conclusão de que toda e qualquer intervenção que o Estado viesse a operar na ordem econômica, seria motivo de entrave para esta, isso porque a economia possuía mecanismos próprios e perfeitos de autorregulação. Logo, ao Estado caberia apenas “cuidar da ordem pública, proporcionando um aparato policial, defendendo as instituições (prestando Justiça) e protegendo-se contra agressões internacionais” (TAVARES, 2011, p. 46).

O que Adam Smith observou foi que, se todos os indivíduos agissem de maneira a satisfazer apenas as suas próprias vontades, involuntariamente, o mercado se organizaria de forma a proporcionar à sociedade sempre o melhor custo benefício. Essa lógica também poderia ser aplicada às relações de trabalho, o Estado não deveria intervir na relação patrão-empregado, pois esta, inevitavelmente, alcançaria um estado de equilíbrio, no qual as duas partes sairiam satisfeitas.

Entretanto, o Liberalismo Clássico não funcionou como planejado, isso porque, destarte o crescimento econômico experimentado, foi verificado



na prática, que o desenvolvimento social não ocorrera, assim como o equilíbrio nas relações de mercado e de trabalho também não foram vislumbradas.

Levando em consideração que o Estado não tinha ingerência nessas relações, “novas correntes de pensamento foram se formulando em torno das questões sociais, buscando adequar a persecução do resultado econômico à realização de políticas mais justas de distribuição de rendas e pluralismos social” (FIGUEIREDO, 2011, p. 23).

Sem dúvidas, a doutrina que mais se destacou nesse momento foi a Socialista, que surgiu como uma crítica direta ao Liberalismo Clássico. Seu idealizador Karl Marx observou que a luta de classes e a concentração dos meios de produção, oriundas da sociedade capitalista liberal, geraram um prejuízo social, e a única solução seria, em síntese, um regime econômico no qual os meios de produção não mais pertencessem a indivíduos, mas sim a toda coletividade, que trabalharia de acordo com suas aptidões e receberia de acordo com suas necessidades.

Como se sabe, as diversas experiências socialistas pelo mundo falharam, principalmente, porque o regime de economia planificada não apresentou os resultados esperados, e também porque o que se observou de fato foi a transferência dos meios de produção, de modo que um pequeno grupo ainda controlava esses meios em detrimento de uma maioria que continuava explorada.

Uma vez que nenhum dos dois modelos conseguiu obter êxito em suas experiências, surge uma nova corrente que tenta conciliar os interesses liberais e sociais: o neoliberalismo, com fundamento no Estado Democrático de Direito.

O que se nota hoje é uma aplicação de alguns ideais socialistas, como o de promover uma melhor distribuição de renda através da doutrina liberal. Este fato pode parecer, *a priori*, um pouco contraditório, porém, o que se observa é um Estado bastante coeso, que tenta equilibrar a “não intervenção” nas liberdades individuais com a obrigação de prover as necessidades públicas básicas. O resultado é um Estado relativamente menor, que troca o seu papel de empresário por regulamentador.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Há, precipuamente, duas formas de intervenção do Estado na economia, quais sejam a direta e a indireta. Quando refere-se à intervenção



direta trata-se de exploração da atividade econômica pelo Estado, ou seja, o chamado Estado empresário e, ao referir-se à intervenção indireta, toma o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A Carta Política de 1988 preconiza como exceção a intervenção direta. Isso significa que embora a “atual Constituição não admita mais o irrestrito intervencionismo do Estado para estabelecer monopólio de qualquer atividade econômica ou mesmo um movimento estatizante da Ordem Econômica Nacional (...)” (FIGUEIREDO, 2010, p. 77), ainda há regras que determinam a intervenção direta na economia pelo Estado, como por exemplo, nos casos imperativos de segurança nacional, relevante interesse coletivo e as hipóteses taxativas de monopólios constitucionais.

Há também de se ressaltar que o Estado deverá intervir diretamente em algum setor econômico quando o particular não o puder fazer, ou ainda, para assegurar os interesses da República, em respeito, inclusive, ao princípio da primazia ao interesse público.

Em julgamento, por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal já corroborou esse entendimento. Vejamos como exemplo o julgado da ADI n.º 1950, de Relatoria do Ministro Eros Grau¹:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que

¹ ADI 1950. Rel. Min. Eros Grau.



simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Entretanto, como já salientado, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é pela intervenção indireta, que significa que o Estado atuará na Ordem Econômica monitorando as diversas atividades econômicas exercidas pelos particulares, intervindo quando se fizer necessário para regular, normatizar e corrigir as falhas do mercado, exercendo uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, nos moldes do art. 174 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, deve-se anotar que por regulação entende-se toda medida estatal que tenha como objetivo “garantir a prevalência dos princípios da ordem econômica, bem como do respectivo interesse coletivo, a fim de efetivar a observância das políticas públicas norteadoras do planejamento econômico e social” (FIGUEIREDO, 2010, p. 128).

Observa-se que a fiscalização é uma forma de vigilância exercida sobre a atividade econômica, que busca zelar pela estrita observância dos princípios presentes na Ordem Econômica. Nesse sentido, José Afonso afirma que “ela visa precisamente controlar o cumprimento das determinações daquele e, em sendo o caso, apurar responsabilidades e aplicar penalidades cabíveis. Não fora assim o poder de fiscalização não teria objeto” (SILVA, 2009,



p. 808).

A outra atividade reguladora a qual faz referência o art. 174 da Constituição Federal é a de incentivo. Através desta atividade o Estado busca, dentro dos limites do que prevê a legislação, incentivar o progresso da atividade econômica, proporcionando condições para o seu desenvolvimento, baseando-se nos princípios que regem a Ordem Econômica, como por exemplo o princípio da valorização do trabalho humano, da busca pela redução das desigualdades sociais e regionais e da busca do pleno emprego.

Tendo em vista que o desenvolvimento de um país não ocorre de forma uniforme em todo o seu território, muito menos em um país como o Brasil, que por sua extensão territorial, possui diversas características distintas em suas regiões, o incentivo estatal é essencial para que as desigualdades regionais, que surgem através do processo de crescimento econômico, sejam reduzidas.

Destarte, cumpre ao poder público, a fim de alcançar um nivelamento econômico e social em toda nação, recorrer exatamente aos benefícios fiscais, reduzindo-se, gradativamente, as desigualdades. Observe-se que a redução das desigualdades sociais e regionais é um dos princípios da Ordem Econômica brasileiro (art. 170, VII), bem como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III) (FIGUEIREDO, 2010, p. 143).

Por fim, a outra forma, a que faz referência o art. 174 da CF, de intervenção do Estado sobre o domínio econômico é o planejamento, que são as políticas públicas implementadas pelo legislador constituinte ou não, que sistematiza, organiza, os objetivos econômicos perseguidos pelo Estado em um determinado período.

José Afonso da Silva (2009, p. 809) assevera que “O planejamento econômico consiste, assim, num processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar atividades econômicas para obter resultados previamente colimados”. E continua “(...) é, assim, um instrumento de racionalização da intervenção do Estado no domínio econômico, ou como dispõe a Constituição: a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, § 1º)”.

Eros Roberto Grau (2012, p. 146) por sua vez afirma que:

O *planejamento* apenas qualifica a intervenção do



Estado *sobre* e *no* domínio econômico, na medida em que esta, quando consequente ao prévio exercício dele, resulta mais racional. Como observei em outro texto, forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação correnadamente dispostos, o planejamento, quando aplicado à intervenção, passa a qualificá-la como encetada sob padrões de racionalidade sistematizada.

Atualmente, o planejamento estatal está previsto no art. 48, II e IV, da Constituição, que estabelece com atribuição do Congresso Nacional dispor sobre o plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado, e também, planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento.

Através desses dispositivos podemos aferir que, no atual ordenamento jurídico, ao que pese existir uma estrutura de planejamento macro que busca conciliar os objetivos da República com o crescimento econômico, este vincula apenas o setor público, e é meramente indicativo para o setor privado, sendo até mesmo defeso ao Estado construir barreiras que onere excessivamente o setor privado.

3 A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

O Estado, em sua forma atual, caracteriza-se por ser uma organização ideal que justifica sua existência com o intuito de promover o desenvolvimento, o bem comum, a paz e a ordem social, ou seja, ele existe não por um fim em si mesmo, mas para prover as necessidades públicas da sociedade.

No conceito de Luis Emydio F. Da Rosa Júnior (2006, p. 8) a necessidade pública é “a necessidade que tem um interesse geral em determinado grupo social e é satisfeita pelo processo de serviço público. Entretanto, o determinado conceito é relativo porque depende das circunstâncias de tempo e de lugar, variando assim no tempo e no espaço”.

Isso significa que por serem as necessidades públicas das mais variadas espécies, como por exemplo, o provimento de infraestrutura, de saúde, de educação, de cultura e outros, quem irá definir a prioridade de cada uma delas é a própria conjuntura política e econômica do país naquele



determinado momento da história.

Logo, é fácil concluir que quanto mais necessidades públicas o Estado tiver de prover, maior será o ritmo de sua atividade financeira, já que os fins e os objetivos políticos estabelecidos no planejamento econômico do Estado só poderão ser alcançados através do ingresso de receita nos cofres públicos.

Todo o processo de recebimento de receita, planejamento estatal e provimento de necessidades públicas, ou seja, despesa pública constitui a atividade financeira do Estado. Kyoshi Harada (2009, p. 4) afirma que “podemos conceituar a atividade financeira do Estado como sendo a atuação estatal voltada para obter, gerir, e aplicar os recursos financeiros necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum”.

Marcus Abraham (2010, p. 19), por sua vez, aduz que “a atividade financeira é uma das diversas funções exercidas pelo Estado. Destina-se a prover o Estado com recursos financeiros suficientes para atender às necessidades públicas. Assim, a atividade financeira envolve a arrecadação, a gestão e a aplicação destes recursos”.

Ainda podemos dizer que essa atividade está vinculada a satisfação de três pontos básicos: a prestação de serviços públicos, ou seja, o provimento das necessidades públicas, o exercício regular do poder de polícia, que relaciona-se com a atividade estatal que objetiva intervir na propriedade privada com o fito de zelar pelo interesse coletivo e, por fim, a intervenção sobre o domínio econômico, no qual o Estado, através de seu poder normativo, tentará extinguir as possíveis falhas de mercado e exercer as funções previstas no art. 174 da CF.

3.1 A Despesa Pública

No Estado Moderno, a continuidade do serviço público é garantida, em regra, através da despesa pública.

Aliomar Baleeiro (1969, p. 81) conceituou a despesa pública como sendo “a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”, demonstrando a preocupação em vincular os conceitos não só de despesa pública, como também o de orçamento e o de receita pública.

A Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que foi recepcionada por



nosso atual ordenamento jurídico, através do art. 165, § 9º da Constituição Federal, estabelece normas de direito financeiro para elaboração e o controle dos diversos orçamentos e, também procede com a classificação das despesas públicas.

A partir do disposto na referida lei, estas seriam divididas em despesas correntes e despesas de capital. A primeira diz respeito àquelas despesas que não enriquecem o patrimônio público, mas que são necessárias à execução do serviço público, já a segunda, as despesas de capital, são aquelas que determinam uma modificação no patrimônio público através de seu crescimento, sendo economicamente produtivas (ROSA JÚNIOR, 2006, p. 33).

É importante destacar ainda que a despesa pública possui três características distintas, ou melhor, três elementos que a constituem: o econômico, o político e o jurídico. Ora, uma vez que a despesa pública nada mais é do que a alocação de recursos financeiros estatais (elemento econômico), para atender as necessidades públicas (elemento político) através do planejamento orçamentário (elemento jurídico), essas características podem ser facilmente percebidas.

Ao que tange a seara econômica, observa-se que a despesa pública atualmente consolida-se como uma das maiores produtoras de efeitos na vida econômica do país. Luiz Emygdio F. Da Rosa Jr. (2006, p. 24) afirma que:

Para que se possa entender tal fenômeno deve-se partir da importância do volume das despesas em relação à renda nacional, sendo que nos Estados modernos a despesa pública excede 30% da renda nacional. Assim, qualquer modificação nessa quantia, seja aumento ou diminuição, tem um inevitável efeito econômico.

Isso significa que o Estado, através de seu orçamento, possui uma margem gigantesca para atuar na economia, mesmo que não seja diretamente, em virtude do seu grande poder de investimentos.

Um exemplo bastante atual da atuação estatal na economia via despesa pública é o Decreto n.º 7.725 de 21 de maio de 2012, que dispõe sobre a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, além de outras matérias, sendo prorrogado diversas vezes e, agora, estando com vigência até dia 31 de dezembro de 2013. Esse decreto, bastante divulgado na mídia nacional, reduziu as alíquotas do referido imposto especificamente para veículos automotores.



Em nota divulgada pelo site do Planalto² o Governo Federal explica que essa ação faz parte de um conjunto de medidas de estímulo à economia brasileira, voltadas ao setor automotivo e à indústria de bens de capitais, que atualmente representam cerca de 20% do Produto Interno Bruto – PIB industrial, além de ser um dos setores que mais investem no país.

Essas medidas objetivam claramente dois pontos principais: primeiro, desonerar a folha de pagamentos dos setores afetados pelo Decreto e, segundo, possibilitar um aumento no consumo, tendo em vista que a redução do IPI será sentida pelo consumidor final, o que consequentemente acarretará num aumento de produção, estimulando a indústria nacional.

Ainda em relação a esse Decreto, observa-se que o que ocorre de fato, é a renúncia de receita por parte do Governo Federal. Entretanto, a renúncia de receita nada mais é do que um mecanismo financeiro empregado, na vertente da receita pública, que produz o mesmo efeito econômico da despesa pública (TORRES, 2011, p. 195).

Outra iniciativa do Governo Federal, também bastante difundida na mídia nacional, e que possui um nítido objetivo de incentivar alguns setores econômicos é o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), feito em parceria com outras pessoas jurídicas de direito público como a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS, e contando ainda, com receita do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS).

O programa foi criado pela Medida Provisória n.º 459, de 25 de março de 2009 e posteriormente transformada na Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009. O objetivo do PMCMV é garantir o acesso a moradia à famílias com baixa renda (especificamente, com renda entre zero e dez salários mínimos), através da concessão de subsídios, redução dos custos do seguro e das taxas de juros do financiamento e, ainda permitindo o acesso ao Fundo Garantidor.

Nas projeções do Governo, o programa, que a princípio tinha o objetivo de construir 1 milhão de moradias, movimentaria cerca de 60 bilhões de reais e geraria 1,5 milhão de empregos, refletindo num crescimento do Produto Interno Bruto de 2%. Face ao sucesso da primeira edição do programa, ele foi inserido no Programa de Aceleração ao Crescimento (PAC) 2, teve seus

² PORTAL DO PLANALTO – PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Notícias. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/decretos-anunciam-reducao-do-ipi-sobre-automoveis-e-utilitarios-e-queda-do-iof-no-credito-para-pessoa-fisica>> acessado em 28/04/2013>. Acessado em 29 de abril de 2013 às 14:25.



recursos ampliados e passou a ter como objetivo a construção de 2 milhões de moradias.

Fato é que, através desse programa, o Governo Federal estimula a compra e o financiamento de novas unidades habitacionais, de modo a reduzir o déficit habitacional do país, além de estimular a indústria de construção civil, gerando mais emprego e renda para a população, além de fortalecer a política de distribuição de renda.

É fácil observar através do PMCMV alguns pontos aqui já tratados, por exemplo: a existência da necessidade pública, ou seja, há a tentativa do Estado em reduzir o déficit habitacional no país, ressaltando que o acesso à moradia é um direito de todos, assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal e; há também a alocação de recursos financeiros, através do planejamento para que as medidas possam ser efetivadas e, a sua execução seja atrativa para a iniciativa privada.

4 ORÇAMENTO E PLANEJAMENTO

A atividade financeira do Estado é baseada no planejamento, isso é, a receita e a despesa criam forma e são fixadas através dos planos plurianuais e anuais.

A *priori*, vale destacar as diferenças existentes entre os termos “planejamento” e “plano”. O primeiro possui um sentido muito mais amplo, e pode englobar o próprio plano, isso significa que o planejamento se constitui de toda a estrutura teórica ou conceitual que busca o estabelecimento dos objetivos, metas e diretrizes que orientarão as atividades econômicas do Estado, enquanto que o plano refere-se ao “instrumento jurídico-normativo que formaliza o planejamento, para que esse possa ser executado (...)” (NETO e QUEIROZ, 2006, p. 46).

Ainda em relação ao plano podemos dizer que sua natureza jurídica é *suis generis*, isso porque este se consolida por ser um ato técnico, político e jurídico. É um ato técnico pois é elaborado através de profissionais habilitados para desenvolver procedimentos específicos, mas também é um ato político porque a decisão de priorizar determinadas necessidades públicas, direcionando a despesa pública será uma decisão política, e por fim, é um ato jurídico pois o plano toma forma através de uma lei em sentido formal, portando vinculando a atividade administrativa, passando, inclusive, a ser passível de fiscalização.



O processo de criação do plano, não importa qual seja, anual ou plurianual, ou mesmo regional, setorial ou federal, seguirá obrigatoriamente um conjunto de elementos imprescindíveis para sua realização. É fundamental que seja delineado de forma clara os objetivos, as metas, as projeções e os instrumentos (NETO e QUEIROZ, 2006, p. 101).

Também vale ressaltar que, em relação à vinculatividade do planejamento, entende-se que o órgão que procedeu com a planificação fica a ele vinculado, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Portanto, o planejamento torna público onde se desenvolverá a ação incentivadora do Estado, para que setores serão locados os recursos públicos e quais as necessidades públicas prioritárias, servindo como uma orientação de investimentos à iniciativa privada.

4.1 O Papel do Plano Plurianual

A Constituição Federal em seu art. 165 assevera que são leis de iniciativa do chefe do Poder Executivo o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Muito embora o princípio constitucional da unidade estabeleça que o orçamento é uno, todas essas leis orçamentárias tem o objetivo de compor, organizar e normatizar o orçamento do Estado, seja nacional, estadual ou municipal, desempenhando cada uma delas uma função específica dentro desse universo orçamentário.

A lei de diretrizes orçamentárias constitui-se de um planejamento operacional do governo a curto prazo, pois possui vigência de apenas um ano, isso significa dizer que muito embora seja uma lei em sentido formal, a lei de diretrizes orçamentárias terá uma composição predominantemente contábil. O §2º do art. 165, traduz que:

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A partir deste inciso pode-se inferir que esta lei terá de dispor, principalmente, sobre as despesas de capital do exercício financeiro a que



for vigor, sobre a política fiscal que integrará o orçamento e, ainda, orientar a elaboração da lei orçamentária anual. Entretanto, Ricardo Lobo Torres (2011, p. 174) afirma que esta lei não produz direito subjetivo aos administrados, e se quer tem eficácia fora da relação entre os Poderes de Estado, dependendo da elaboração da lei orçamentária anual para que produza quaisquer efeitos.

Ao que tange a lei orçamentária anual, entende-se que esta destina-se a possibilitar a execução dos planejamentos constantes na lei de diretrizes orçamentárias e, principalmente, no plano plurianual, consolidando-se como a forma de concretização dos planejamentos, tendo em vista que constitui-se do documento básico para a realização da atividade financeira do Estado, inclusive vinculando-o (ABRAHAM, 2010, p. 241). Esta lei deve compreender o orçamento fiscal, o de investimentos das empresas estatais e o da seguridade social, devendo estar compatível com a programação de objetivos, metas e instrumentos previstos no orçamento.

Em relação ao plano plurianual, pode-se afirmar que este plano que também é lei formal, constitui-se de uma programação estratégica das ações estatais de longo prazo, que influencia diretamente a elaboração da lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Fala-se em programação de longo prazo pois é a única lei orçamentária com duração de quatro anos, iniciando sua vigência no segundo ano do mandato presidencial e encerrando-se no fim do primeiro ano do mandato seguinte.

Trata-se de um planejamento global, pois a lei instituidora do plano deverá estabelecer os objetivos, metas e diretrizes para as despesas de capital e outras delas decorrentes, de forma regionalizada, conforme o §7º do art. 165 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, pode-se inferir que um dos papéis desse plano é dirimir as desigualdades regionais e setoriais promovendo a integração nacional de forma continuada, inclusive, o art. 4º, I, da Lei n.º 12.593 de 18 de janeiro de 2012, que institui o Plano Plurianual para o período de 2012 a 2015, assevera esse como um dos objetivos do plano.

Para concretizar esse objetivo, deve-se criar programas nacionais de longa duração com foco nas áreas menos desenvolvidas e com mais problemas sociais. O próprio PAC, já previsto no Plano Plurianual do período de 2008 a 2011, é um dos maiores exemplos de concretização desse objetivo. Com um orçamento bastante vultuoso, o programa busca não só o crescimento econômico, mas o crescimento através da desoneração tributária a fim de gerar investimentos em infraestrutura, promovendo a distribuição de renda.

Outro objetivo a que se propõe o plano plurianual é prever os



investimentos de capital de duração continuada, ou seja, de duração superior a um ano, isso porque, vale salientar que é vedado ao administrador realizar esse tipo de investimento sem que esteja previsto no referido plano, como bem aduz o art. 167, XI, §1º da Constituição Federal.

Vale ressaltar que o desafio de cumprir esse objetivo não reside em somente prever os programas de execução continuada, mas sim de prever programas de execução continuada que sejam compatíveis com a realidade nacional, seja no campo social ou até mesmo econômico.

Isso implica dizer que, no momento de sua criação, seja pelo chefe do Executivo, seja nos debates pelo Congresso Nacional, é preciso ter em mente que, muito embora o plano plurianual não tenha eficácia executiva, tendo em vista que quem irá lhe garantir a execução é a lei orçamentária anual e a lei de diretrizes orçamentárias, ele precisa ter os padrões que garantam sua utilidade e eficiência.

A gestão do plano, que consiste na articulação dos meios necessários para viabilizar o alcance das metas propostas, as formas de monitoramento e avaliação (que devem ser anuais), assim como as hipóteses em que é possível realizar alterações no planejamento, também devem estar presentes na lei sob pena de não possibilitar o alcance dos objetivos.

Somente com esses elementos é que o Plano Plurianual alcançará seu objetivo de norteador da atividade financeira estatal, e consequentemente influenciador da iniciativa privada.

5 CONCLUSÃO

À luz do exposto, pode-se concluir que a consolidação do Estado Democrático de Direito com a Constituição de 1988 corroborou a intervenção indireta do Estado na economia como regra do ordenamento jurídico.

O plano plurianual, como um dos indicadores dessa intervenção, possui alguns objetivos, inclusive previstos constitucionalmente, que são basicamente: (a) prever investimentos de longo prazo, que servirão de incentivo à iniciativa privada e; (b) através desses investimentos, promover a redução das desigualdades regionais e setoriais.

Muito embora o plano plurianual não vincule a atividade administrativa, entende-se que este é de grande importância para o planejamento estatal, pois torna público como será feito o investimento estatal, de modo que estrategicamente culmina incentivando e direcionando



a atividade privada e, conseqüentemente, desenvolvendo determinados setores econômicos.

Nota-se também que os últimos planos plurianuais, principalmente os referentes aos exercícios financeiros de 2008 a 2011 e o de 2012 a 2015, seguem um padrão de investimento, o qual define que as ações governamentais voltadas a sustentação do nível de atividade econômica foram desenvolvidas mediante expansão da oferta de crédito pelos bancos públicos, desoneração tributária, sustentação dos investimentos em infraestrutura produtiva, e intensificação de iniciativas no campo das políticas sociais, voltadas à redução da desigualdade de renda e das disparidades regionais.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM. Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. São Paulo: Campus, 2010.

BALEIRO. Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico internacional**: análise jurídica do Projeto das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Milênio e da crise financeira de 2008. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**: comentários à Reforma Tributária – PEC 233/08. 18 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.



MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Planejamento. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública** – Foco nas Instituições e Ações Governamentais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSA JÚNIOR, Luis Emygdio F. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário** – Doutrina, jurisprudência e legislação atualizadas. 19 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico** – 3 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

STATE INTERVENTION ON ECONOMIC POLICIES VIA PUBLIC SPENDING: THE ROLE OF THE PLURI- ANNUAL PLAN

ABSTRACT

This work pursues the analysis of the way that the Contemporary State affects the Economy,



making a historical analysis of the evolution of this situation on the Brazilian Constitution. This work also aim to demonstrate how occurs, in these days, through practical examples, the Government Intervention in the Economy, and the role that the Public Planning plays on this activity, through its inclusion in the general economic national planning and in the State Financial Activity.

Key Words: Government Intervention. Economy. Financial Activity. Public Budget. Economic Planning.



O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA TUTELA JURISDICIONAL DE MÉRITO

Edyllânison Pereira do Nascimento

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Heitor Marinho de Farias

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Marcos Aurélio de Freitas Barros

Professor orientador

RESUMO

É pujante a evolução conceitual pela qual passou a noção de Acesso à Justiça. De um conceito tímido, de mero acesso aos órgãos jurisdicionais, tal Direito Fundamental Processual, hoje, encontra-se em um patamar que emana a necessidade de acesso a uma Ordem Jurídica Justa. A citada evolução conceitual findou por construir a noção da imprescindibilidade de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva. Nesse cenário, busca-se, no presente artigo, defender que este compromisso constitucional deve ser cumprido no sentido da obtenção de uma decisão definitiva da lide, eis que é apenas na presença desta que se resolve o litígio trazido ao judiciário, bem como, obedece-se aos valores e princípios constitucionais de uma tutela ampla e efetiva aos direitos. Com isso em mente, pode-se postular que seria a decisão definitiva da lide, mais do que uma simples expectativa de direito, mas um inquestionável direito fundamental das partes que litigam no processo, de terem

suas pretensões deduzidas, discutidas e, por conseguinte, estabilizadas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Ordem Jurídica Justa. Decisão Definitiva.

1 INTRODUÇÃO

No transcorrer da história sempre se considerou a Ciência do Direito um instrumento a serviço da regulação social, criado pelo homem, com vista à manutenção de uma sociedade harmônica. Ao vislumbrar o direito enquanto um meio para conseguir tal fim, o instituto processo deve ser compreendido como um instrumento racional, técnico e, acima de tudo, justo, a serviço da concreção do Direito Material.

Em que pese tal concepção, constata-se que a história deste relevante instituto do direito é marcada por inúmeras nuances, que o levaram desde um simples contrato entre as partes, com vistas aceitação de um procedimento e, por conseguinte, o seu resultado, o denominado *litiscontestatio*, passando, posteriormente, a um contexto em que foi elevado ao patamar de uma Ciência Autônoma, com normas, princípios e conceitos próprios, sendo hermeticamente estudada, como um fim em si mesmo. Até, enfim, a sua última e mais adequada faceta, que busca entendê-lo como um instrumento racional, previsível quanto ao seu procedimento, e o mais justo possível quanto ao seu resultado, que se desenvolve mediante cooperação entre às partes.

Nesse diapasão, apresenta o corrente trabalho o escopo de realizar uma análise sucinta a respeito da tutela jurisdicional de mérito, sob a luz da nova compreensão do Direito ao Acesso à Justiça. Para tanto, necessário esclarecer, *a priori*, o papel da Constituição Federal na Dogmática Processual Civil, na medida em que erigiu a Carta Magna de 1988 o processo ao status de bem jurídico constitucional.

Superada tal exposição, busca-se abordar a atual dimensão do Acesso à Justiça e, por conseguinte, as suas implicações para a prestação da tutela jurisdicional, com e sem resolução de mérito. Oportuno, ainda, aduzir a imprescindibilidade de que a decisão judicial se fundamente em critérios racionais, a saber, embase-se numa Teoria das Decisões Judiciais.

Ao final, anseia o presente trabalho expor a necessidade da



prestação de uma tutela jurisdicional de mérito enquanto consectário da própria existência do Direito ao Acesso à Justiça. Com efeito, o processo deve buscar ser um ambiente de certezas, de modo a propiciar às partes a resolução do litígio que as fizeram levar a sua crise no plano do direito material a análise do Poder Judiciário, fornecendo, portanto, uma resposta definitiva que as garanta justiça e segurança jurídica.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Diante da envergadura que o processo adquiriu e, mais ainda, diante de sua relevância à proteção aos direitos, notadamente, em um contexto de lesão ou ameaça de lesão, surgiu a figura do direito processual fundamental. Nesse cenário, relevante se faz para a melhor compreensão do tema uma sucinta exposição do surgimento e evolução dos direitos fundamentais, até a sua gloriosa consagração nas páginas constitucionais, uma vez que uma análise exauriente de tal matéria seria um trabalho, dizendo pouco, *hérculeo*, em virtude de sua complexidade, relevância e riqueza.

Antes de revisitar esta fértil matéria é importante erigir um conceito, que, desde já, não se compreende como completo, pois seria contraditória tal palavra a toda produção humana, mas, prestando-se a ser o mais refinado possível, ao entender os direitos fundamentais como “pressupostos elementares de uma vida pautada na liberdade e na dignidade humana” (HESSE *apud* BONAVIDES, 2010, p.560).

A doutrina clássica em busca de um estudo mais didático divide tais direitos em Três Gerações ou Dimensões. Os Direitos de Primeira Dimensão seriam os direitos de liberdade, de resistência e oposição ao poder estatal conformando-se como uma esfera de livre desenvolvimento subjetivo do indivíduo na qual a estrutura estatal não pode interferir, sendo também responsável por “ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre Sociedade e Estado” (BONAVIDES, 2010, p. 564). Por seu turno, os Direitos de Segunda Dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzindo dessa forma, no constitucionalismo um conceito de Estado Social, ou seja, de um Estado Prestacionista. Nasceram segundo Paulo Bonavides “abraçados ao princípio da igualdade, do qual não pode se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (2010, p. 564). Por fim, os Direitos de Terceira Dimensão seriam aqueles que não se destinam apenas à proteção



de interesses de um indivíduo, nem de um grupo ou de um Estado, mas sim do gênero humano.

Ademais, identificam-se outras duas dimensões dos direitos fundamentais. Nascem os Direitos de Quarta Dimensão em uma conjuntura social que aponta de certa forma, para um enfraquecimento do Estado nacional, especialmente em um contexto de globalização política. Por fim, os Direitos de Quinta Dimensão são entendidos enquanto condições indispensáveis ao progresso de todas as nações, eis que são pressupostos qualitativos da convivência humana harmônica.

Retornando dessa fugaz, porém, necessária digressão, podemos entender efetivamente o cerne dos direitos processuais fundamentais. Nesse passo, busca-se expor que é através do processo que o Estado exerceria a Jurisdição, compreendendo-se esta como “a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos” (GRINOVER, 2006, p. 29). Dessa maneira, apreende-se sumariamente que no processo de composição da lide, capitaneado pela atuação estatal, gozam às partes de garantias fundamentais mínimas de que tal procedimento irá se desenvolver de maneira dialética e isonômica.

Desta feita, os direitos fundamentais processuais podem ser vislumbrados sob o ponto de vista das distintas dimensões da Teoria dos Direitos Fundamentais. A priori, tanto garantem a liberdade, a não ingerência indevida estatal na esfera particular; peculiaridade dos Direitos de Primeira Dimensão; quanto representam uma prestação jurídica do Estado, ou seja, uma conduta estatal positiva, no sentido de promover a justiça social, característica dos Direitos de Segunda Dimensão. Ademais, gozam tais direitos da capacidade de tutelar direitos difusos, de titularidade não específica, de forma a garantir a participação democrática das partes no transcorrer do processo, direcionando suas ações no sentido de garantir condições indispensáveis a convivência humana, eis que seu grande escopo é a harmonia social. Características, respectivamente, dos direitos de Terceira, Quarta e Quinta Dimensão.

2.1 A Tutela Constitucional do Processo

O Poder Constituinte de 1988 erigiu o processo ao status de bem jurídico constitucional. Tal decisão certamente advém do fenômeno que se convencionou denominar *Constitucionalização do Direito*, sendo definido nas lapidares lições de Luis Roberto Barroso como “o efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia com



força normativa por todo o sistema. Os valores e fins públicos constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do Direito Infraconstitucional” (2009, p. 351).

Nesse cenário, verifica-se que todo o ordenamento jurídico passa a ser alvo de uma *Filtragem Constitucional*, sendo a Constituição Federal “o modo de olhar e interpretar todos os ramos do direito” (BARROSO, 2009, p.351). Ou seja, a Constituição Federal é identificada, com fulcro em seu conteúdo, como “a reserva axiológica da justiça” (ENTERRÍA *apud* CAMBI, 2001, p. 95).

Assim sendo, o instituto processo passou de um simplório procedimento particular ao status de Bem Jurídico Constitucional. Destacando Eduardo Cambi, em suas lições, que “a partir da Constituição permite-se vislumbrar-se os institutos do processo, não como pura técnica lógico-formal, mas como um conjunto de instrumentos para a concretização de justiça” (2001, p.98). Expondo, ademais, que:

A teoria da tutela constitucional do processo civil consiste em estabelecer, no ordenamento hierárquico das normas jurídicas, o primado ou a supremacia da Constituição sobre as formas legais que regulamentam o processo civil. Consequentemente, as leis processuais não podem deixar de levar em consideração as garantias previstas na Constituição, notadamente aquelas que estruturam os direitos fundamentais (essenciais) da pessoa humana, sob pena de serem inconstitucionais (COUTURE *apud* CAMBI, 2001, p. 103).

Nesse contexto de tutela constitucional do processo, na qual emana da Constituição os princípios reitores orientadores da exegese processual, destacamos, em virtude de sua relevância e abrangência: O Princípio do devido Processo Legal (art. 5º, LIV da CF).

A supracitada garantia constitucional emana uma série de prerrogativas que instrumentalizam condições mínimas de respeito no âmbito do processo. Desta feita, fornece às partes a concreta possibilidade de apresentarem em juízo suas alegações com a devida possibilidade de afastar fatos alegados pela parte contrária, em meio a um processo dialético que influi na formação do convencimento do magistrado.



2.2 A Atual Dimensão do Acesso à Justiça

A garantia expressa no art. 5º XXXV da Constituição Federal representa um dos mais relevantes direitos concedidos no atual contexto do Estado Democrático e Constitucional de Direito. A Inafastabilidade de Jurisdição emana a ideia de que o ente Estatal não pode se eximir da missão de compor as lides com vistas à pacificação social.

Contudo, esta noção de simplesmente representar a possibilidade de movimentação dos órgãos estatais no sentido da resolução de litígios deve ser alvo de uma releitura sob a lente da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Hodiernamente, o Acesso à Justiça deve representar a certeza de ter o acesso a uma ordem jurídica justa, dotada da capacidade de fornecer uma tutela jurisdiccional adequada, tempestiva e efetiva no plano do direito material violado ou ameaçado.

Nesse diapasão, a tutela jurisdiccional se estruturará em uma fase de instrução que exponha e delimite os contornos da lide, em meios probatórios aptos a desvendar a verdade dos fatos, em uma decisão judicial embasada na Teoria das Decisões Judiciais, ou seja, racional e fundamentada, valendo-se, eventualmente, de tutelas de urgência frente às situações em que o tempo poderá vilipendiar qualquer resultado útil, caso se prolongue a obtenção do pronunciamento jurisdiccional definitivo. E, por fim, uma vez necessário à satisfação plena do direito, meios de coerção e sub-rogação da vontade da parte vencida com vistas a satisfazer plenamente o que era demandado pela parte vencedora, de forma menos gravosa à parte vencida.

Tendo em vista esta realidade, deve-se buscar fomentar uma tutela jurisdiccional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado Democrático e Constitucional de Direito. Dessarte, imperioso ter em mente que o instrumento Processo deve estar umbilicalmente unido com a noção de efetividade, ou seja, a relação processual deve ser capaz de gerar resultados jurídicos úteis no plano dos fatos. Assim, afere-se que:

O direito à efetividade da jurisdição – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – consiste no direito de provocar a atuação do Estado, detentor do monopólio da função jurisdiccional, no sentido de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma



decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos (ZAVASCKI *apud* LEAL, p. 4).

Em face do exposto, vislumbra-se que o Acesso à Justiça não pode representar um esforço sem qualquer utilidade para as partes. Consoante às lições de Candido Rangel Dinamarco, o processo civil moderno deve primar pelo alcance dos resultados, aduzindo que o instituto processo “vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida.” (2005, p. 127). A justiça que nada diz é bastante similar àquela que diz algo injusto. As partes deduzem seus pedidos com a certeza de que, ao menos, os terão analisados. Vilipendiar tal expectativa apenas tem o condão de gerar uma desconfiança a toda à atividade jurisdicional e, por conseguinte, a todo o Ordenamento Jurídico.

3 A IMPORTÂNCIA DE UMA TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Poder Constituinte Originário erigiu no art. 93, IX, da Constituição Federal, a necessidade cogente de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade do processo. Intrinsecamente a este mandamento constitucional se observa a necessidade irrefragável de que o processo de formação do convencimento do julgador e, posteriormente, sua concretização no mundo dos fatos, seja “capitaneado” por um pensamento racional.

A decisão judicial não fundamentada nega-se a si própria. Na medida em que o magistrado deve demonstrar às partes através de sua fundamentação, as razões que o levaram a decidir de tal forma, permitindo que as mesmas identifiquem a profundidade da cognição realizada (*eficácia endoprocessual*), bem como, funcionando como um fator de legitimação da Função Jurisdicional (*eficácia extraprocessual*).

Em meio a tais ilações, verifica-se a relevância da consolidação de uma Teoria das Decisões Judiciais, uma vez que a decisão judicial construída sobre a arbitrariedade gera, incontestavelmente, resultados maléficos nas relações intersubjetivas que se destinam a solucionar. Resta patente, portanto, a necessidade de que a decisão seja bem construída, com vistas a lançar luz sob o caminho percorrido pelas partes, desde a situação de controvérsia até a norma jurídica individual.

Nesse diapasão, faz-se menção a seguinte esclarecedora lição:



Uma Teoria da Decisão comporta, então, mais do que instrumentos racionais para o procedimento justificador das escolhas; Ela abrange a própria trajetória da formação da convicção, a aproximação do problema, seu exame, a ponderação das outras decisões possíveis e suas respectivas consequências, o dimensionamento de seu alcance (MONTEIRO, p.6).

Isto posto, identifica-se na motivação um elemento responsável por atribuir um critério de objetividade a convicção do julgador. Em sendo assim, relevante enfatizar que a atividade criadora do juiz, no sentido da construção da norma jurídica individual, deva ser pautada em critérios racionais no que tange a formação de sua convicção, coerentes com o contexto fático apresentado, cristalino quanto à forma como é alcançada, congruente com aquilo que é pedido e, consonante com os ideais constitucionais responsáveis por buscar uma ampla e efetiva tutela aos direitos.

Em um contexto de valorização de decisões judiciais fundamentadas, construídas mediante uma embasada discussão que tenha a aptidão de representar um pensamento jurídico predominante sobre o tema posto, verifica-se que os Precedentes Judiciais galgam cada vez mais relevância no nosso Ordenamento Jurídico. Nesse passo, os precedentes são entendidos como “a decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 385).

Em sendo assim, apreende-se que “todo precedente é composto por duas partes distintas: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” (CRUZ e TUCCI, *apud* DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 385).

Apesar dessa composição composta, centra-se o estudo dos Precedentes Judiciais na *ratio decidendi*. Compreendendo-se esta como “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi, trata-se da tese acolhida pelo órgão julgador no caso concreto” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 385).

Oportuno mencionar, ainda, à lição de Luiz Guilherme Marinoni quando aduz que a *ratio decidendi* é a “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto” (MARINONI, 2010, p. 102). Portanto, não se identifica meramente com uma



justificação apta a disciplinar uma dada situação concreta, mas sim, representa uma maneira de decidir geral, construída sob a égide de uma situação fática, que pode ser utilizada como uma razão por julgadores para justificar as suas decisões em situações análogas.

Conclui-se, por conseguinte, que é importante se constatar que o magistrado tem o dever de observar os precedentes (que podem, posteriormente, formar até próprias súmulas vinculantes), de forma a seguir entendimentos já formados naquele sentido de decidir, evitando dessa forma, que situações completamente idênticas sejam julgadas de maneiras distintas, configurando a tão prejudicial *justiça lotérica*.

3.1 Espécies de Decisões Judiciais

Em relação ao mérito, as decisões judiciais podem ser de duas espécies, quais sejam: Sem Resolução de Mérito, em que não se resolve a demanda principal do processo, ou seja, o pedido principal daquele processo, a denominada decisão terminativa (art. 267 do CPC); e, Com Resolução de Mérito, sendo estas as que apreciam e resolvem o objeto litigioso que provocou a existência daquele processo, sendo denominada, decisão definitiva, (art. 269 do CPC).

A decisão definitiva, ou seja, a que resolve o mérito da questão suscitada, deve ser a regra. Isso porque o processo surge para ser um “caminho a uma solução” e, não um fim em si mesmo, tratando-se, destarte, de um procedimento em contraditório que deve cumprir um escopo.

Tampouco, devem representar às fases processuais óbices a concretização da tutela jurisdicional. Sendo, destarte, imperioso mencionar às lições de Cândido Rangel Dinamarco, ao aduzir a necessidade da afirmação do processo enquanto um instrumento apto a propiciar a resolução da lide:

Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena do processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica (2005, p. 133).



Uma decisão definitiva, que analise o mérito, é direito de todos os cidadãos que buscam a tutela jurisdiccional. Contudo, apesar de em nosso ordenamento positivo não ser permitido o *non liquet*, ou seja, que o juiz se escuse de decidir aquela questão, esse direito a uma resolução do mérito não é absoluto.

Assim sendo, uma vez ausentes os requisitos de admissibilidade o magistrado prolatará uma decisão judicial sem resolução de mérito. Na medida em que, em tais situações não se faz possível à análise da questão, representando esta, caso se constatasse, em um ato ilógico, incoerente e inútil a reger a situação em epígrafe.

Representa, portanto, tal decisão um descumprimento ao mandamento constitucional encartado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Uma vez que este comando constitucional emana uma intrínseca necessidade de apreciação do mérito da questão, com vistas à formação do convencimento do julgado e, por conseguinte, a prolação de um provimento jurisdiccional apto a satisfazer o direito da parte com razão.

3.2 A Decisão Judicial e o Mérito

Conforme exposto, as decisões, em relação ao mérito, podem ser Terminativas e Definitivas. O art. 269 do Código de Processo Civil pátrio erige as situações nas quais haverá uma análise do cerne do processo. Assim, sempre que houver uma das hipóteses do mencionado dispositivo, o juiz, proferirá uma sentença definitiva.

A sentença proferida com resolução de mérito deve ser a regra, e não podia ser diferente. Na medida em que, se o mais comum fosse deixar de se resolver o mérito das demandas propostas em juízo, além da grande insatisfação popular com a perpetuação da crise no direito material, haveria uma tendência de descrédito do Poder Judiciário, culminando com a volta à primitiva auto-tutela.

Uma vez constatada a decisão de mérito, está o pronunciamento jurisdiccional apto a fazer coisa julgada material, que nada mais é do que se tornar uma decisão indiscutível e imutável naquele processo e em qualquer outra possível demanda futura (art. 467 do CPC). Ressalta-se, ademais, que embora o citado dispositivo legal afirme ser a coisa julgada efeito da decisão, trata-se esta, na verdade, de algo que antecede esses efeitos, sendo propriamente uma qualidade que se agrega a sentença tornando imutável seu comando.

É digno de destaque que, para a consubstanciação da coisa julgada



material é necessária à presença cumulativa de alguns requisitos, a saber: ter sido prolatada uma decisão jurisdicional; ser tal decisão de mérito; houver sido realizada uma cognição exauriente para se chegar àquela decisão; e, por fim, já ter ocorrido à coisa julgada formal, a preclusão máxima.

A coisa julgada não busca proteger o valor justiça propriamente dito, mas sim, valoriza a segurança jurídica. Denotando que uma questão controvertida não pode ser passível de modificação *ad aeternum*. Representando, portanto, uma garantia de estabilização das decisões judiciais e, por conseguinte, das próprias relações sociais, de forma que a incerteza de uma eventual alteração não represente uma “*espada de Dâmocles*”, ao tornar a decisão algo fugaz e frágil, no plano dos fatos.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO DEFINITIVA DA LIDE

Diante de todo o exposto deve-se entender a tutela jurisdicional de mérito enquanto um direito fundamental, não absoluto, daquelas pessoas que “batem às portas do Judiciário”. Pensar de maneira distinta seria, tão somente, se escusar de cumprir o mandamento constitucional encartado no art. 5º, XXXV da CF.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição ou do Acesso à Justiça deve ser revitalizada, no sentido da concreção e fomento de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O que, por si só, demonstra que o Poder Judiciário se contentar com decisões que não encerrem a crise no plano do direito material. Analogamente a uma história, o processo tem seu início, necessita de seu desenvolvimento e merece um fim!

Todavia, não se busca defender um absoluto direito a uma tutela jurisdicional de fundo. Na medida em que tal ideia seria incompatível com a própria noção de direito fundamental. É necessário, conforme expõe Fredie Didier Júnior que “antes de decidir o mérito, o magistrado deverá verificar se estão presentes os chamados requisitos de admissibilidade do exame de mérito” (2011, p. 561).

Destarte, seria ao menos ilógico entender que uma parte ilegítima ou, mesmo, uma pessoa que pede algo não albergado pela ordem jurídica, teria direito a uma decisão que avaliasse o cerne de seu pedido e, por conseguinte, decidisse-o, tornando-se, eventualmente, imutável e indiscutível. Pelo contrário, tal direito apresenta como titulares aquelas pessoas que realmente preenchem os requisitos necessários à análise do mérito de sua questão, bem



como, aquelas causas que apresentem vícios passíveis de reforma, que tanto não prejudicam a outra parte, quanto atinjam a sua finalidade, consoante aduz o Princípio da Instrumentalidade das formas.

Nesse diapasão, é de bom tom ressaltar a lição que nos é apresentada por Fredie Didier Júnior quando aduz que:

É preciso lembrar, mais uma vez, que o magistrado tem o dever de examinar o mérito da causa, só não fazendo quando houver obstáculo intransponível. Mesmo diante da falta de um requisito processual de validade, pode o magistrado ignorá-lo, não havendo prejuízo, para avançar e resolver o mérito da causa. Trata-se de lição que não deve ser esquecida. A solução de mérito é o objetivo do processo, a sua própria razão de ser (2011, p. 562).

Desta forma, é de suma relevância compreender a tutela jurisdiccional de fundo, no âmbito de concreção do novo processo, como um escopo inafastável. As partes devem no processo conduzir-se em comunhão de esforços no sentido de um provimento judicial que finde com o litígio trazido ao judiciário.

Ao levar uma oposição de pretensão à apreciação do Judiciário, as partes não querem nada menos do que aquilo “que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido” (MARINONI, 2009, p. 25). Tal noção, com a devida vênia, pode representar uma exacerbação da ideia aqui postulada, mas, tem a utilidade de expor que o processo que não examina o mérito gera uma pujante insatisfação geral.

Portanto, releva enfatizar ser a solução do litígio a grande missão do processo. Nesse contexto, se apreende que “o ideal de efetividade entendido como o ideal de uma tutela que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, é que deve iluminar as novas definições dos doutrinadores do processo” (MARINONI, 2009, p. 24).

Apresenta-se, portanto, tal concepção como um consectário do novo Acesso à Justiça, na medida em que tem o condão de verter, efetivamente, a atuação do Poder Judiciário ao alcance e fomento da tutela aos direitos. Corroborar a ideia aqui defendida Candido Rangel Dinamarco, ao expôr que:

Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário, e também, quem recebe soluções atrasadas



ou mal formuladas para suas prretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. (...). Acesso a justiça não equivale ao mero ingresso em juízo. (...). É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o processo seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento aos direitos de ação, sem a preocupação com os resultados exteriores (2005, p. 134).

Não foge, outrossim, ao entendimento defendido no presente trabalho, Luiz Guilherme Marinoni, quando aduz a respeito da necessidade da consolidação de um novo acesso à justiça, municiado dos meios aptos a efetiva tutela dos jurisdicional:

É preciso compreender que o direito de ação não mais pode ser pensado como simples direito à sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo. Seo cidadão deve buscar o Judiciário, e esse possui a obrigação de lhe prestar a efetiva tutela de seu direito, é evidente que, por meio da ação, o direito afirmado deve encontrar caminho para que, quando, reconhecido, possa ser efetivamente tutelado, Portanto, o exercício do direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial, mas apenas no momento em que o processo é finalizado, inclusive, se necessário, com a prática dos meios de execução (2006, p.32).

Assim sendo, vislumbra-se a existência de um direito fundamental a uma tutela jurisdicional de mérito. Na medida em que, ao demandarem em juízo, possuem os litigantes, além de uma fugaz expectativa de direito, um cristalino direito fundamental, dotado de hierarquia e pujança constitucional, no sentido de ordenar as ações do julgador a uma decisão que resolva a causa, satisfaça a parte com razão, represente uma aplicação uniforme das leis e, estabilize as relações sociais, até então, controvertidas.



5 CONCLUSÕES

Com supedâneo no que foi apresentado, notadamente, em um trabalho de revitalização da noção de Acesso à Justiça, sob a égide da Constituição e todos os direitos fundamentais nela encartados, compreende-se ser o escopo do instituto Processo uma decisão de mérito que resolva a lide, de forma definitiva, e, portanto, represente uma segurança jurídica para às partes. Buscou-se arduamente expor a necessidade de uma tutela jurisdicional de fundo, esclarecendo, para tanto, que é só na presença desta que se pode corporificar o mandamento constitucional previsto na nossa Carta Magna, no art. 5º, XXXV.

Outrossim, se expôs que tal tutela não pode ser prestada indistintamente, mas, tão somente, nas situações que preencherem requisitos mínimos necessários a sua concreção. Uma vez presentes, é direito fundamental das partes auferirem uma tutela definitiva, capaz de compor os litígios, na medida em que o direito, notadamente o processo, deve ser um instrumento técnico, racional, lógico e ético que leve as pessoas das mais sombrias zonas de incertezas à luminar resolução de seus litígios.

Com isso em mente, o julgador deverá conduzir o processo, com o auxílio das partes, em permanente contraditório com vista à tutela jurisdicional de mérito. Uma vez presente os requisitos indispensáveis, o instituto processo poderá suplantar os hodiernos obstáculos que se põem à sua frente, capazes de desafiar sua vocação de ser um instrumento a serviço do Estado e da Sociedade apto a representar um meio idôneo e justo de solução de litígios.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**. 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2011. v.1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEAL, Luciana de Oliveira. **O acesso à justiça e a celeridade na tutela jurisdicional**. Revista de justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 65, p. 40-55, out./ dez, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11.ed. rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. ver. e atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2012.



THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A JURISDICTIONAL MERITORIUS TUTELAGE

ABSTRACT

It's thriving the conceptual evolution which has suffered the access to justice. From a shy concept, of mere access to the jurisdictional organs, such Fundamental Procedure Law is found, nowadays, in a landing that emanates the need of access to a Fair Juridical Order. The aforementioned conceptual evolution ended up building the notion from indispensability of an adequate guardianship, timely and effective. In such scenery, is sought in this present article, to defend that such constitutional compromise must be fulfilled on the way of obtaining a definitive decision of the litigation, once, just in its presence, the process brought to the Judiciary is solved, as well as the constitutional values and principles of a wide and effective tutelage to the rights are obeyed. With this in mind, it's possible to postulate that the definitive decision of the litigation would be more than just a simple expectation of right, but also an unquestionable fundamental right of the parts that litigate in the process of having your pretensions deducted, discussed and, therefore, stabilized.

Key-words: Access to the Justice. Fair Juridical Order. Definitive Decision.



O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE RECEPTIVA COMO INSTRUMENTO DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO ÂMBITO DO GASTO PÚBLICO

Ivana Souto de Medeiros

Graduada em Direito pela UFRN
Especialização em Direito Tributário

RESUMO

Este trabalho debruça-se sobre o princípio da capacidade receptiva como vetor de direcionamento do gasto público para os indivíduos que detêm menor capacidade econômica. Inicia-se pela análise dos fundamentos e objetivos traçados pela Constituição Federal de 1988, com ênfase para a redução das desigualdades sociais. Reflete sobre a problemática do custo dessa redução, considerando que o bem-estar social implica a garantia ao cidadão de direitos de natureza positiva. Prossegue no estudo da atividade financeira do Estado, demonstrando a relevância da execução do gasto público, orientado pelo princípio da capacidade receptiva, na redução das desigualdades sociais no Brasil. E finaliza com o exame dos modos de assegurar a observância desse princípio, destacando o controle judicial da elaboração orçamentária e o orçamento participativo.

Palavras-chave: Orçamento. Gasto Público. Princípio da capacidade receptiva. Redução das desigualdades sociais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição, norma-matriz do ordenamento jurídico, espelha o modelo de organização estatal, que direciona não só o processo de elaboração, mas também o conteúdo de todas as demais normas que compõem o sistema.

Superadas as falhas do Estado liberal e os exageros do Estado intervencionista, busca-se, hodiernamente, conciliar o sistema capitalista com um conjunto de garantias e direitos fundamentais que proporcionem a realização da justiça social. A ordem jurídica organiza-se no sentido de *humanizar* o capitalismo.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) institucionaliza um modelo de Estado Social quando, já em seu preâmbulo, enuncia o estabelecimento de uma organização estatal destinada 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 [...]”. Esses valores permeiam todo o texto constitucional, alçando-se a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º. III, CF/88).

O propósito social assumido pela Constituição Federal de 1988 está bem definido em seu artigo 3º, onde elege como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), bem como a promoção do bem de todos sem quaisquer distinções (inciso IV).

A realização dos direitos fundamentais de índole positiva ocupa lugar de destaque na persecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, ao fomentar o desenvolvimento do País sob a perspectiva do bem-estar da população. Garantias e direitos relativos ao trabalho, saúde, educação e previdência social elevam as condições de vida do cidadão, assegurando-lhes existência digna, na forma preconizada pela Constituição.

Questão que se afigura tormentosa, porém, diz respeito à efetivação de tais direitos, dada a sua natureza prestacional. Os custos dos direitos sociais e econômicos têm servido em larga medida para justificar a reiterada inobservância das metas sociais propostas pela Constituição. A recalcitrante situação de miséria e má distribuição de renda ainda vivenciada no Brasil, a despeito dos claríssimos objetivos de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, parece ser consequência lógica da inabilidade do Estado para amealhar recursos suficientes para combatê-la.

A ciência jurídica, entretanto, não há de resignar-se a tal



determinismo, cumprindo-lhe o mister de buscar no Direito instrumentos que reduzam o hiato entre o modelo de Estado preconizado pela Constituição Federal e a realidade brasileira. Tais instrumentos devem atuar no sentido de realizar os objetivos traçados no texto constitucional, com vistas a concretizar, no Brasil, o ideal de justiça social.

O manejo do orçamento afigura-se como relevante meio para redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza, orientando o gasto estatal para a implementação de políticas públicas capazes de operar redistribuição de renda e proporcionar a fruição de direitos sociais e econômicos a cidadãos menos favorecidos.

O presente trabalho, nesse contexto, propõe-se a examinar como o direcionamento de recursos orçamentários à realização de políticas públicas redistributivas é capaz de repercutir proficuamente na consecução dos objetivos constitucionais, notadamente na redução das desigualdades sociais. O princípio da capacidade receptiva, enquanto postulado de justiça distributiva, será estudado como instrumento para consecução desse desiderato.

2 O CUSTO DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

A fruição de direitos econômicos e sociais, como já ressaltado, é elemento fundamental para a consagração da dignidade humana que, por sua vez, é condição de desenvolvimento e implementação da justiça social no Brasil. A redução das desigualdades sociais perpassa, necessariamente, pela justa distribuição de recursos públicos, a fim de que toda a população partilhe do bem-estar proporcionado pelos direitos que tais recursos custeiam.

A ciência jurídica avançou significativamente no debate em torno da efetivação dos direitos fundamentais de cunho prestacional, sobretudo no que diz respeito à sua inquestionável densidade normativa, afastando-se da pecha de mera programaticidade. Essa evolução é retratada por Bonavides (2003, p. 565), quando afirma que esses direitos ditos de segunda geração “[...] tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”.

Chega-se, então, à ideia de aplicabilidade imediata dos direitos sociais e econômicos, arrimada no artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. A crítica da inexequibilidade dos direitos prestacionais restaria superada



pelo entendimento de que “a não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado em um não direito” (SEN, 2011, p. 419).

Entretanto, não se enxerga tanto vigor na discussão a respeito da efetiva concretização desses direitos, que vai ao encontro da problemática questão dos custos que tais prestações demandam aos cofres públicos. O debate, nessa área, tem se concentrado em discutir os limites do argumento econômico da “reserva do possível” e supervalorizar o controle judicial de políticas públicas, medida corretiva e pontual que não é capaz de remediar o problema como um todo.

O fato é que, perfilhando a ideia de Galdino (2005, p. 347), “[...] direitos não nascem em árvores”. A realização de direitos fundamentais, principalmente aqueles de índole prestacional, demanda um custo para o Estado e, conseqüentemente, para a sociedade.

Dessa forma, qualquer discussão que vise a propor soluções para a redução das desigualdades sociais no Brasil deve perpassar, necessariamente, pelo direcionamento da despesa pública na via orçamentária. É no âmbito do orçamento, como ver-se-á adiante, que são discutidas e planejadas as políticas públicas, decidindo-se, dentre as mais diversas opções, como será realizado o gasto das receitas arrecadadas pelo Estado.

A atual realidade brasileira demonstra que o rumo das discussões sobre a redução das desigualdades sociais na seara jurídica não tem contribuído, significativamente, para a proposição de soluções que ataquem o problema em sua origem. O estudo sobre o manejo do gasto público, ainda pontual e pouco expressivo comparando-se às teses acerca controle judicial de políticas públicas, propõe-se a oferecer soluções mais abrangentes que, efetivamente, atuem na redistribuição de renda do País.

Sem descurar da importância das ações judiciais que, por exemplo, determinam o fornecimento de medicamentos e disponibilização de leitos em hospitais a pessoas determinadas, urge que a ciência jurídica alie-se a ciências afins no debate sobre questões que, de fato, contemplem a população como um todo. Voltando-se os olhos à elaboração do orçamento e à justa distribuição de recursos através da definição do gasto público, é possível racionalizar os custos da redução das desigualdades sociais no Brasil, canalizando a despesa para ações que, efetivamente, proporcionem o bem-estar coletivo.



3 A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO E O GASTO PÚBLICO

A evolução da sociedade resultou na conformação do modelo atual de Estado, que institucionaliza o poder com vistas a organizar a coexistência pacífica entre os seus respectivos cidadãos. Na visão de Rousseau (1999, p. 20/21), o Estado deriva de um *pacto social* entre os homens, assim entendido como “[...] uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, declara que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O Estado, assim, organiza-se em favor do povo, verdadeiro titular do poder que o origina, devendo voltar toda a sua atividade à satisfação das chamadas necessidades públicas.

Nesse mister, o ente estatal desenvolve a atividade financeira, objetivando angariar receitas para custear o atendimento de tais necessidades mediante a realização de despesas. Nas palavras de Oliveira (2008, p. 271), “Arrecada-se para gastar. Arrecada-se para cumprimento das necessidades públicas. Tributa-se para que o Estado cumpra seus fins”.

Colhe-se na lição de Bonesso (2012, p. 30) que a atividade financeira constitui um “[...] conjunto de ações que o Estado deve proporcionar com o objetivo principal de obtenção da receita e a realização das despesas, para o atendimento das necessidades públicas exigidas pelo cidadão”. Segundo o autor (*ibidem*), a consecução dessa atividade envolve três fases, quais sejam, a obtenção de recursos, o gerenciamento dos recursos obtidos e a sua aplicação. A primeira fase relaciona-se à constituição de receitas públicas; a segunda corresponde à sua administração através da elaboração e execução do orçamento público; e, finalmente, a terceira refere-se à efetivação das despesas públicas.

A fase de elaboração do orçamento assume capital importância, na medida em que, nesse momento, há efetiva decisão sobre como serão gastos os recursos arrecadados pelo Estado para satisfação das necessidades públicas. Torres (2013, p. 172) ressalta a relevância dessa etapa da atividade financeira, afirmando que, através do orçamento, o Estado procura “[...] fixar a receita tributária e patrimonial, redistribuir rendas, entregar prestações de educação, saúde, seguridade e transportes, promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia”.



A elaboração do orçamento público baseia-se no planejamento em níveis anual e plurianual. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 165 a publicação de três peças legislativas de iniciativa do Poder Executivo, a saber, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

O plano plurianual estabelecerá “[...] as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (art. 165, §1º, CF/88). Já a lei de diretrizes orçamentárias “[...] compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal [...], orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento” (art. 165, §2º, CF/88). Finalmente, a lei orçamentária anual conterá a previsão do que efetivamente dispõe o Estado e como será feito o gasto desses recursos naquele exercício financeiro, compreendendo o orçamento fiscal dos Poderes da União, o orçamento de investimento das empresas em que União tenha participação majoritária e o orçamento da seguridade social (art. 165, §5º, CF/88).

Questão que merece especial atenção e que tem servido de argumento para justificar certo afastamento da ciência jurídica no tocante à elaboração e execução do orçamento público diz respeito ao caráter político da decisão de gastar. É certo que, ressalvadas as transferências impostas pela própria Constituição, como aquelas atinentes a percentuais mínimos destinados à saúde e educação (art. 198, §2º e art. 212, CF/88), há realmente uma margem para a tomada de decisão por parte da autoridade que empregará os recursos previstos no orçamento. Isso não significa, porém, que o gasto pode ficar ao exclusivo talante dessa autoridade, servindo-lhe para a manutenção no poder, como afirma Oliveira (2012) ao tratar da visão maquiavélica da despesa pública.

É exatamente nesse ponto que a ciência jurídica pode e deve imiscuir-se no debate relativo à elaboração e execução do orçamento, discutindo instrumentos que imponham limites e racionalizem a decisão sobre os gastos públicos, a despeito de seu caráter indiscutivelmente político. A propósito, longe de desnaturar essa característica, o balizamento da despesa pública através de instrumentos jurídicos reafirma a politicidade da decisão de gastar, se por *político* entendermos aquilo que serve ao interesse do povo.

Esses instrumentos devem ser extraídos da Constituição Federal, norma-matriz que sintetiza os valores e metas preconizados pela sociedade



pela qual e para a qual foi elaborada. Devem coadunar-se com os fundamentos e objetivos constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

4 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE RECEPTIVA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS NO ÂMBITO DO GASTO PÚBLICO

Os princípios desempenham importante papel no ordenamento jurídico. Dotados de inquestionável força normativa, sintetizam os valores da ordem constitucional e funcionam como vetores interpretativos de todo o sistema, conferindo-lhe a necessária unidade. Discorrendo sobre a normatividade dos princípios no constitucionalismo contemporâneo, Bonavides (2003, p. 286) considera-os como “normas-chaves de todo o sistema jurídico”, “[...] das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”.

Por questão de ordem, impõe-se esclarecer de pronto que não comungamos com o fenômeno que Streck (2012, p. 01) denominou de “pan-princiologismo”, “verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade”. Em *O pan-princiologismo e o sorriso do lagarto*, o autor denuncia a criação de *standards* jurídicos “[...] construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos, em sua maioria, com a deontologia do direito”, alertando para o fato de que “[...] princípios são deontológicos e não teleológicos!” (*ibidem*, p. 01).

De fato, assistimos hoje a uma verdadeira proliferação de conceitos vazios e desprovidos de sentido jurídico no campo doutrinário, originários de teses que descuram da função pragmática do Direito. Mas o princípio da capacidade receptiva, sem dúvidas, não se enquadra nessa categoria, compondo o núcleo dos verdadeiros princípios que emanam da Constituição – com a densidade normativa que lhe são inerentes.

Para aferir essa relação de pertinência ao núcleo principiológico da Constituição, tomando a lição de Streck (2012), deve-se verificar se o *standard* jurídico abebera-se do conteúdo deontológico do texto constitucional. Em outras palavras, impõe-se examinar se determinado princípio expressa certo valor encartado na Constituição para ser considerado um princípio propriamente dito, e não mero conceito vazio ou capricho de tese doutrinária.

O princípio da capacidade receptiva, tal como colocado por Oliveira (2008), é paralelo do princípio da capacidade contributiva, aplicável



à tributação por força do artigo 145, §1º da Constituição Federal. O citado dispositivo prescreve que, “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”.

O princípio da capacidade contributiva, de maneira simplificada, preconiza que a tributação deve atingir de modo mais oneroso aqueles que possuem maior riqueza e impor menor carga tributária aos que detêm menos recursos. Considerando que a finalidade precípua da tributação é arrecadar receitas para custear as despesas públicas, imbuído do ideal de solidariedade eleito como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF/88), tal princípio alberga a ideia de que todos devem contribuir para esse desiderato na medida de sua possibilidade. Consectário do princípio da isonomia, exige a distribuição equitativa do ônus tributário, assegurando que o tributo não possa atingir o mínimo existencial do contribuinte, “[...] uma vez que a tributação não pode implicar confisco a ninguém” (PAULSEN, 2010, p. 48). Dessa forma, também se vincula aos valores de dignidade humana e justiça estampados nos artigos 1º, III e 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Abeberando-se da mesma fonte axiológica, o princípio da capacidade receptiva orienta a distribuição do gasto público de acordo com a capacidade econômica do cidadão, direcionando maior parte dos recursos àqueles que mais necessitam de prestações do Estado.

O princípio da capacidade receptiva está para a despesa pública assim como o da capacidade contributiva está para a tributação, principal fonte de receita do Estado. Nesse sentido, leciona Oliveira (2008, p. 276):

Idêntico raciocínio deve ser seguido em face da despesa pública. De igual sintonia o efeito reverso da capacidade receptiva, isto é, os recursos devem ser distribuídos de acordo com a menor capacidade contributiva do indivíduo. Aqueles que têm menos devem ser aquinhoados pelo Estado com maior aplicação de recursos, exatamente para que possam atender aos princípios republicanos inseridos no art. 1º da CF, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e com os *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil, nos exatos termos do art. 3º – grifos do autor.

Vislumbra-se, entre os princípios citados, uma relação de complementaridade, na medida em que a capacidade receptiva executa



o propósito de redistribuição preconizado pela capacidade contributiva. “Uma política de nivelamento de fortunas e rendas [...] não teria eficácia se a amputação feita na capacidade contributiva das classes opulentas não se convertesse em rendas ou em condições de melhoria de vida e bem-estar das demais classes” (BALEEIRO, 2012, p. 94).

A ideia central do princípio da capacidade receptiva reside na justa distribuição do produto da arrecadação estatal no âmbito do gasto público, de forma a direcionar as políticas públicas às pessoas que mais necessitam delas. Nas palavras de Rister (2007, p. 239), “[...] resta patente a necessidade de redistribuir os frutos do desenvolvimento, de modo que se consiga alcançar a almejada justiça social e implementar uma democracia econômica [...]”. Trata-se de dever a ser observado na elaboração e execução do orçamento público, na medida em que a Constituição elegeu como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais, a qual se realiza através da redistribuição de riquezas do País.

Como se deixou antever, o princípio em epígrafe guarda estreita relação com o postulado universal de justiça, considerado por Carvalho (2005) como diretriz suprema ou sobreprincípio do ordenamento jurídico. Relaciona-se precisamente com a ideia aristotélica de justiça distributiva, que demanda que as pessoas sejam tratadas de modo desigual, na medida de suas desigualdades.

Sob esse enfoque, Torres (2013, p. 99) assevera que

enquanto a justiça distributiva opera sobre os tributos mediante o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CF), tirando de cada qual segundo a sua riqueza, e sobre a despesa através da distribuição de bens e serviços públicos a quem deles carece, atualiza-se, no plano orçamentário, pelo princípio da redistribuição de rendas, pelo qual se procura, genericamente e sem intuito personalista, tirar de quem tem mais para dar a quem tem menos.

O princípio da capacidade receptiva, portanto, afigura-se como importante instrumento de justiça e redistribuição de renda, imbricado com o propósito de redução das desigualdades sociais firmado pelo constituinte de 1988.

Não se olvide que a fruição de direitos fundamentais, mormente aqueles de índole prestacional, é condição essencial para elevar o padrão de



vida do cidadão nesse processo de redução das desigualdades. Isso deve ser alcançado através da implementação de políticas públicas e serviços públicos eficientes, os quais serão custeados com recursos orçamentários alocados para essas finalidades, segundo a lógica apregoada pelo princípio da capacidade receptiva. Orienta-se o gasto público em direção ao desenvolvimento social, assim entendido como “[...] a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, mediante a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito do trabalho, o direito à educação em todos os níveis [...]”, etc. (RISTER, 2007, p. 56).

5 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE RECEPTIVA E A REALIDADE BRASILEIRA

As políticas públicas de transferência de renda, intensivamente manejadas pelo Poder Executivo brasileiro nos últimos anos, podem ser compreendidas como mecanismos de redistribuição de riquezas mediante o direcionamento da despesa orçamentária, atendendo ao que preconiza o princípio da capacidade receptiva. Com foco para a população de baixa renda, atuam de forma inclusiva, facilitando a esse segmento populacional a fruição de direitos como educação e habitação, bem como o acesso a bens e serviços que proporcionam maior bem-estar.

O resultado dessas políticas públicas adotadas pelo governo brasileiro em um período de 10 (dez) anos, contados de 2001 a 2011, foram consolidados em relatório elaborado sob a coordenação da Assessoria Econômica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a participação dos Ministérios da Educação e Saúde e do Instituto Brasileiro e Geografia e Estatística – IBGE. Esse relatório aponta para avanços sociais decorrentes de políticas públicas adotadas no decorrer dos anos 2000, destacando:

[...] o fortalecimento da agenda de políticas voltadas à universalização de direitos sociais e à inclusão de segmentos populacionais historicamente excluídos; a implementação de políticas públicas articuladas entre as três esferas de governo e com participação social; o resgate e ampliação da capacidade de planejamento e investimento do Estado brasileiro; e as decisões de política econômica no sentido de fortalecer o mercado interno. Neste período, aportaram-se recursos



orçamentários crescentes em políticas sociais no país. De um lado, as políticas de natureza universal – na educação, saúde, trabalho, assistência e seguridade social – foram fortalecidas, aumentando seu alcance e presença junto à população brasileira. De outro, foram criados ou ampliados programas e ações com o propósito de promover a inclusão social da população mais pobre e vulnerável, como os programas de transferência de renda, de fomento ao agricultor familiar, de garantia à segurança alimentar, entre outras (BRASIL, 2013, p. 06).

Precisamente no que diz respeito à renda, o relatório demonstra que, entre 2001 e 2011, houve queda na concentração de riquezas no Brasil. Esse fato foi constatado através da medição do Coeficiente de Gini, que caiu de 0,553 (zero vírgula quinhentos e cinqüenta e três) em 2001 para 0,500 (zero vírgula quinhentos) em 2011 (*ibidem*, p. 09). O aludido indicador é utilizado pela ciência econômica para medir a concentração de renda em um dado local, variando de 1,000 (um) a 0,000 (zero). Em linhas gerais, quanto mais o Coeficiente de Gini aproximar-se de 1,000 (um), maior será a concentração de renda; em sentido contrário, quanto mais tender a 0,000 (zero), menos concentrada será a riqueza do local (SANDRONI, 1999).

O relatório em questão também consolidou outras informações relevantes no tocante à redução das desigualdades sociais no Brasil, indicando decréscimo na situação de extrema pobreza no País. Dados citados no aludido documento revelam que em 10 (dez) anos, entre 2001 e 2011, “a população com renda domiciliar *per capita* até US\$ 1,25/dia recuou de 14% para 4,2%, percentual bem abaixo da meta estipulada pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (12,8%)” (BRASIL, 2013, p. 16).

Estudo ainda mais recente, entretanto, indica a desaceleração desse processo de redução das desigualdades. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2012, do IBGE, apurou que o Coeficiente de Gini se manteve na casa de 0,500 (zero vírgula quinhentos) (APESAR ..., 2013). A mesma pesquisa “[...] mostra que os mais ricos (1% da população) avançaram mais em 2012 do que os 10% mais pobres, ao contrário dos anos anteriores” (PESQUISA ..., 2013).

Sem embargo da noticiada estagnação, é certo que, nos últimos 10 (dez) anos, houve significativo avanço brasileiro no campo do desenvolvimento social, atribuído em larga medida às políticas públicas redistributivas adotadas



pelo Poder Executivo. No entanto, a realidade demonstra que ainda há muito que se avançar. O Brasil possui Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,730 (zero vírgula setenta e três), ocupando a 85ª posição em um ranking de 187 (cento e oitenta e sete) países e territórios, atrás de países como o Chile, Argentina, Cuba e México (BRASIL ..., 2013, p. 01).

Há estudos que questionam a eficácia das políticas de transferência de renda sob o enfoque do desenvolvimento humano propriamente dito. Isso nos conduz à reflexão sobre a pertinência da atual política de governo com os ditames do princípio da capacidade receptiva, orientado para consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Os programas sociais de transferência de renda estariam dando máxima eficácia ao princípio da capacidade receptiva?

Em pesquisa realizada em quatro municípios da região norte do Rio de Janeiro, focada nas políticas do Bolsa Escola e Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), Macedo e Brito (2004) formularam a seguinte indagação: “estariam os programas de transferência de renda, que assumem a modelagem de ‘bolsa’, forjando novas faces de proteção social, (sic) no Brasil?”. Com base nos achados dessa pesquisa, os autores detectaram que essas políticas públicas, na forma como são executadas, transformaram os seus beneficiários em meros “usuários”, concluindo que tais programas

forjam um modelo de proteção social que parece basear-se no pressuposto de que a pobreza é inevitável e, portanto, pouco poderia ser feito para combatê-la a não ser ‘minorar seus efeitos mais perversos e também neutralizar seu eventual potencial conflitivo’ [...] Essas considerações permitem-nos inferir que as transferências de renda efetivadas sob a orientação aqui descrita, antes de significarem ruptura, reafirmam o caráter compensatório, eventual e fragmentário das ações assistenciais, tradicionalmente desenvolvidas pelo Estado brasileiro (*ibidem*, p. 23).

A pesquisa sugere que a transferência de renda operada pelos programas usualmente denominados “bolsas” não tem feito de seus usuários verdadeiros sujeitos de direitos.

Essa constatação coaduna-se com o pensamento de Sen (2010, p. 120), para quem “[...] a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério



tradicional de identificação da pobreza”. Embora admita que o componente “renda” é uma das principais causas da pobreza, o autor associa esse fenômeno à privação de capacidades básicas em geral. Assim, a erradicação da pobreza deveria perpassar não só pela distribuição de renda, mas também pela atuação do Estado no sentido de aumentar a capacidade dos indivíduos para sair da situação de pobreza, capacidade esta identificada com as liberdades para alcançar esse fim (*ibidem*).

Elucidando o pensamento de Sen sobre a eliminação da pobreza na perspectiva do desenvolvimento nacional, Rister (2007, p. 130) faz o seguinte comentário:

Segundo essa abordagem, portanto, os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nesse aspecto, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na confirmação de seu próprio destino, e não como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade teriam papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. Seriam papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda.

Com base nesse entendimento que aqui perfilhamos, a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social no Brasil não requerem somente a transferência de renda de setores sociais mais abastados para os menos favorecidos. É preciso empoderar os destinatários das políticas públicas para que se tornem verdadeiros sujeitos de direitos, e não meros beneficiários dos programas governamentais, habilitando-os a buscar melhores condições de vida.

Essa constatação repercute diretamente na interpretação do exato conteúdo do princípio da capacidade receptiva na perspectiva do orçamento público. Considerando que os princípios expressam os valores e objetivos preconizados pela Constituição e que a erradicação da pobreza e redução das desigualdades são metas expressas no texto constitucional, tem-se que a observância do princípio da capacidade receptiva requer mais do que a destinação de recursos orçamentários para aqueles que detêm menor capacidade econômica.

A consecução dos aludidos objetivos constitucionais exige não só a transferência de renda, mas também a formação de sujeitos de direitos



capazes de usufruir das liberdades resguardadas pelo Estado Democrático de Direito. Para tanto, é necessário que o gasto público seja orientado também para assegurar serviços públicos de qualidade, mormente no âmbito da educação, trabalho, saúde e previdência social. O pleno acesso a direitos sociais e econômicos pelas camadas menos favorecidas da sociedade possibilita, efetivamente, o desenvolvimento das capacidades dos indivíduos que as compõem, empoderando-os a buscar melhores condições de vida para si.

O princípio da capacidade receptiva, portanto, atinge sua máxima eficácia quando o gasto público proporciona a formação de sujeitos de direitos. A mera transferência de renda não é capaz de assegurar a redução das desigualdades sociais no Brasil, sendo, antes, instrumento de perpetuação da pobreza.

6 A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE RECEPTIVA NA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO

Firmes no propósito de colaborar para a construção de uma ciência jurídica mais pragmática, finalizamos com o estudo dos meios através dos quais o princípio da capacidade receptiva pode ser implementado no âmbito do orçamento público.

De início, deve-se considerar que a decisão sobre a alocação de recursos orçamentários é política por excelência. Isso não elimina, porém, as possibilidades de controle dessa decisão, porquanto inerente ao Estado Democrático de Direito.

Pode-se citar, como meio de fazer valer o princípio da capacidade receptiva no âmbito orçamentário, o controle judicial. Não tratamos, aqui, de ações individualizadas que postulam demandas particulares como, por exemplo, aquelas atinentes ao fornecimento de um medicamento, a disponibilização de leito em hospital ou abertura de vaga em escola pública.

O controle do direcionamento do gasto público aos focos mais necessitados de políticas redistributivas há de ser feito já na fase da tramitação da lei orçamentária, de modo a contemplar a sociedade como um todo. Por evidente, não se trata de possibilitar ao Judiciário que substitua os Poderes Executivo (iniciativa) e Legislativo (votação) na tomada das decisões pertinentes à despesa pública, o que implicaria flagrante violação ao postulado da separação dos poderes e indesejável excesso de ativismo judicial. Seria profícua, porém, a fiscalização da observância aos fundamentos e objetivos



constitucionais na alocação de recursos orçamentários pelo Poder Judiciário, de modo a coibir situações de evidente desproporção no emprego de verbas públicas. E o princípio da capacidade receptiva, sem dúvidas, atuará como relevante vetor interpretativo na avaliação do direcionamento da despesa pública no sentido da justiça distributiva.

Veja-se, a esse respeito, o entendimento de Oliveira (2008, p. 275):

Caberia o apelo ao Judiciário já em momento de tramitação legislativa do projeto de lei orçamentária? Entendemos que sim, dependendo da situação concreta específica. Evidente está que não cabe ao juiz interferir nas inúmeras ponderações político-administrativas que devem ser efetuadas pelo administrador na decisão de alocação dos recursos. No entanto, diante de determinada hipótese e tendo em vista os princípios constitucionais e demonstrada, à saciedade, que estará agredindo o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) ou o descumprimento de comandos normativos constitucionais, caberá a intervenção e não será desarrazoada.

Outro meio de concretização do princípio da capacidade receptiva, de maior impacto e relevância social, diz respeito ao *orçamento participativo*. Concebido em uma perspectiva de democracia e soberania popular, o orçamento participativo compartilha com os cidadãos a tomada das decisões relativas à alocação dos recursos orçamentários. Essa modalidade de orçamento “[...] envolve um diálogo organizado, dentro de um espaço público determinado pela coletividade, no sentido único de definir um orçamento público; em favor de políticas públicas valorizadas e protetivas dos direitos fundamentais e da cidadania” (BONESSO, 2006, p. 134).

Implantado no âmbito de vários Municípios do Brasil, o orçamento participativo pode ser manejado como instrumento eficaz na escolha das prioridades relativas à despesa pública, canalizando-a a setores que revelam maior necessidade segundo a lógica estabelecida pelo princípio da capacidade receptiva.

7 CONCLUSÕES

Os reparos históricos nos modelos estatais antecedentes conduziram à formação, no mundo ocidental, de um Estado que busca amenizar os efeitos



decorrentes da economia de mercado sem intervir excessivamente nas relações econômicas. Com vistas a “humanizar” o sistema capitalista, o Estado contemporâneo atua na formulação de políticas públicas que asseguram a fruição de direitos sociais e econômicos por toda a população, distribuindo de forma equitativa os frutos do desenvolvimento.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 revela em todo o seu texto, desde o preâmbulo, a preocupação do constituinte em resguardar o bem-estar do cidadão. A dignidade de pessoa humana foi alçada a fundamento da República Federativa (art. 1º, III), justificando os propósitos de redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza e marginalização (art. 3º, III).

A implementação de políticas públicas que viabilizem o acesso a direitos sociais e econômicos tem um custo, arcado por toda a sociedade. Por essa razão, adquire evidência o estudo da realização da despesa pública no âmbito orçamentário, porquanto é através dela que, efetivamente, será viabilizada a concretização desses direitos.

O princípio da capacidade receptiva orienta a distribuição do gasto público de acordo com a capacidade econômica do cidadão, direcionando maior parte dos recursos àqueles que mais necessitam de prestações do Estado. Imbuído do ideal de justiça distributiva aristotélico, atua na redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza no âmbito do orçamento.

No Estado brasileiro, a realização desse princípio tem sido observada na adoção de políticas públicas de transferência de renda, cujos resultados foram sentidos na melhora de índices sociais. No entanto, faz-se necessário que a formulação dessas políticas avance para além da mera transferência de renda, empoderando os seus beneficiários a buscar, por si mesmos, melhores condições de vida. Isso conduz à reflexão sobre o exato conteúdo do princípio da capacidade receptiva, que terá eficácia plena quando atuar na formação de sujeitos de direitos.

A observância desse princípio pode ser assegurada através do controle judicial no momento da elaboração da lei orçamentária, coibindo-se situações de evidente desproporção no emprego de recursos públicos. Outro meio de garantir o atendimento ao princípio da capacidade receptiva, ainda mais profícuo, diz respeito à implementação do orçamento participativo, viabilizando a atuação da população na tomada das decisões que envolvem o gasto público.



REFERÊNCIAS

APESAR de estagnar em 2012, IBGE vê desigualdade ainda em queda.

In Valor econômico, 27 set. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3286246/apesar-de-estagnar-em-2012-ibge-ve-desigualdade-ainda-em-queda>>. Acesso em: 30 set. 2013.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 18 ed. rev. e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONESSO, Allaymer Ronaldo. **Curso de direito financeiro moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Orçamento participativo, cidadania e direitos humanos: uma visão jurídico política**. 2006. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Estadual do Norte Pioneiro, Jacarezinho. Disponível em: <http://uenp.edu.br/index.php/dissertacoes-defendidas/doc_view/1966-allaymer-ronaldo-r-d-bonesso>. Acesso em 09 out. 2013.

BRASIL. **Indicadores de desenvolvimento brasileiro**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagirms/simulacao/pdf/Indicadores%20de%20Desenvolvimento%20Brasileiro-final.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

BRASIL mantém posição em ranking de IDH da ONU. In Brasil Econômico, 14 mar. 2013. Disponível em: <http://brasileconomico.ig.com.br/noticias/brasil-mantem-posicao-em-ranking-de-idh-da-onu_129774.html>. Acesso em: 10 out. 2013.



CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria os custos do direito**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACEDO, Myrtes de Aguiar; BRITO, Sebastiana Rodrigues de. **Transferência de renda**: nova face de proteção social? Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Gastos públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PESQUISA IBGE aponta melhoria na distribuição de renda no Brasil. In Hoje em dia, 29 set. 2013. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/noticias/pesquisa-ibge-aponta-melhoria-na-distribuicao-de-renda-no-brasil-1.175011>>. Acesso em: 30 set. 2013.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danese. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. In Consultor Jurídico, mar. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 27 set. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

LE PRINCIPE DE LA CAPACITÉ RECEPTIVE COMME OUTIL DE LA RÉDUCTION DES INÉGALITÉS SOCIALES AU SEIN DES DÉPENSES PUBLIQUES

RÉSUMÉ

Ce travail porte sur le principe de la capacité receptive comme vecteur d'orientation des dépenses publiques aux individus qui détiennent une capacité financière plus faible. Débute par l'analyse des fondements et les but retracés par la Constitution Fédérale de 1988, avec l'accent mis sur la réduction des inégalités sociales. On réfléchit sur la problématique du coût de cette réduction, en considérant que le bien-être social entraîne une



garantie au citoyen de droits de nature positive. On poursuit dans l'étude de l'activité financière de l'État, démontrant la pertinence de l'exécution des dépenses publiques, orienté par le principe de la capacité receptive, dans la réduction des inégalités sociales au Brésil. On finalise avec l'exame des moyens d'assurer le respect de ce principe, en soulignant le contrôle judiciaire de l'élaboration budgétaire et le budget participatif.

Mots-clé: Budget. Dépenses publiques. Principe de la capacité receptive. Réduction des inégalités sociales.



Artigos Convidados

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A PRISÃO POR DÉBITO FISCAL COMO MEIO DE COERÇÃO DO CONTRIBUINTE

Igor Fonseca Brito

Advogado

Especialista em Direito Tributário

RESUMO

Trata-se de artigo por meio do qual se colima analisar a constitucionalidade da utilização da sanção penal privativa de liberdade no bojo dos crimes contra a ordem tributária, notadamente em face do direito fundamental sedimentado no art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal. Para tanto, proceder-se-á ao estudo das hipóteses de renúncia ao *jus puniendi* estatal nos delitos desse jaez, assim como das características e conteúdo jurídico da prisão civil por dívida, com o fito de demonstrar o inconstitucional desvirtuamento do qual padece a legislação penal tributária, tendo em conta a utilização dos mecanismos repressivos como simples instrumentos de coerção do contribuinte-devedor ao adimplemento do crédito tributário ostentado pela Fazenda Pública.

Palavras-chave: Crimes tributários. Extinção da punibilidade. Prisão civil. Sanção penal. Instrumento de coerção. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Intentar-se-á, ao transcorrer do presente trabalho, sublinhar o inconstitucional desvirtuamento do manejo da sanção penal na seara concernente aos crimes contra a ordem tributária, notadamente em face da possibilidade de extinção da punibilidade para os delitos desse jaez a partir do mero pagamento do crédito tributário definitivamente constituído. Revela-se, daí, a utilização desse cabedal sancionatório pelo Estado como verdadeiro instrumento de coerção destinado apenas à satisfação da obrigação tributária.

Nesse contexto, ao se operar o direito penal no espectro dos delitos contra a ordem tributária como simples medida de forçar o contribuinte a promover o adimplemento do débito fiscal, observa-se, desde logo, o esvaziamento da cláusula constitucional plasmada no art. 5º, inc. LXVII, da Carta Política, a qual firma peremptória vedação à prisão civil por dívida.

Isto porque, na trilha do que adiante restará demonstrado, a garantia fundamental firmada no dispositivo constitucional em testilha, sobre vergastar a proibição do estabelecimento da prisão civil em razão de dívidas, reverbera, teleologicamente, a pretensão de estancar a instituição de qualquer figura jurídica que utilize a pena privativa de liberdade como meio de coagir o devedor de uma obrigação de índole pecuniária a realizar o seu respectivo pagamento.

O caminho interpretativo que ora se perfilha, com efeito, deflui da inteligência atribuída ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que institui verdadeiro cânone de interpretação das normas que veiculam direitos fundamentais, da qual se apreende que esses enunciados normativos ostentam eficácia vinculante, formal e materialmente, frente à totalidade dos sujeitos de direito que se encontram albergados pela ordem constitucional, mais notadamente aos Poderes constituídos, assim espaiando-se, ainda, no que pertine às relações entre particulares.

Desse modo, é que “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas” (MENDES, 2009, p. 285), senão constituem, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Com efeito, ao lume dos princípios da interpretação especificamente constitucional, não se pode olvidar que a exegese puramente gramatical que deflui da leitura da garantia traduzida no art. 5º, inc. LXVII, da CF, não se afigura idônea à concretização desse direito fundamental, tornando-se inexoravelmente necessário acorrer ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, com o escopo de delimitar o conteúdo jurídico, em



seu alcance e sentido, do dispositivo constitucional.

Consigna Gilmar Mendes (2009, p. 279) que a vinculação do Legislativo aos direitos fundamentais significa que, “mesmo quando a Constituição entrega ao legislador a tarefa de restringir certos direitos [...], há de se respeitar o núcleo essencial do direito, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte”.

Apregoa, com propriedade, sobre a matéria Hugo de Brito Machado:

Admitir que a Constituição, ao vedar a prisão civil por dívida, não está proibindo também a definição da dívida como crime é outorgar ao legislador ordinário ferramenta que lhe permite destruir completamente a supremacia constitucional. Na interpretação da norma jurídica, especialmente da norma da Constituição, tem-se de ir além do elemento meramente literal. É preciso buscar a realização dos objetivos que a norma tende a alcançar, os valores humanos que tende a realizar (MACHADO, 2002, P. 21).

Dessa forma, não se compatibiliza, em absoluto, aos métodos e princípios aplicáveis à interpretação constitucional, a singela compreensão de que o art. 5º, inc. LXVII, da Carta Republicana, ao piquetear que *não haverá prisão civil por dívida*, unicamente proibiria a instituição dessa modalidade de prisão, outorgando, porém, ao alvedrio do legislador ordinário a prerrogativa de promover a criação de instituto jurídico com as mesmas finalidades e características de tal sanção prisional, desde que apenas sob diferente *nomen juris*.

2 DO CARÁTER INSTRUMENTAL DA SANÇÃO PENAL NO ÂMBITO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

A discussão acerca da função do Direito Penal Tributário dentro da moldura constitucional em que inserido o Estado brasileiro deve ser auferida ao pálio dos princípios e garantias constitucionais que condicionam o Direito Penal como um todo, e a necessidade de atingir seu escopo, em ordem a garantir a convivência e a paz social.



A Constituição da República, por seu art. 1º, elegeu como fundamento a dignidade da pessoa humana, ao lado de outras quatro pilstras de sustentação do Estado de Direito, Social e Democrático. Igualmente, dentre os objetivos contemplados na Carta Política, através do seu art. 3º, encontra-se referencia à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, cabe ao Direito Penal respeitar e seguir as diretrizes gizadas em solo constitucional, impondo-se, assim, ao legislador, e especialmente ao legislador penal, que a compressão dos direitos fundamentais operada pela sanção penal apenas seja cominada quando não se observar outra maneira capaz de garantir a manutenção da ordem social, de molde a causar o menor prejuízo possível aos direitos e liberdades dos cidadãos envolvidos.

Nesse sentido, o princípio da intervenção mínima “proclama a eleição apenas das ações ou omissões que, violadas, causem maior comoção social, em que tão somente as punições restritivas da liberdade (em sentido amplo) sejam as medidas cabíveis para atingir este desiderato” (FARIAS, 2005, p. 95).

Recomenda-se, com esteio nesse postulado, que ondem bastem outros meios menos rigorosos para o êxito da proteção que o direito almeja, a pena criminal não deve ser aplicada. E tal princípio não deve ser descurado, especificamente na seara dos crimes contra a ordem tributária, na qual se impõe sopesar outros interesses, inclusive do próprio Estado, sendo certo que diante de determinadas infrações tributárias afigura-se suficiente e até aconselhável a sanção administrativa.

Conforme ressalta Antônio Carlos Martins Soares, a implantação do delito fiscal não deve ser concebida como instrumento arrecadatório, senão como instrumento de justiça penal tributária. “Tampouco seria idôneo reconstruir as bases da persecução penal tributárias com a implantação do terror nas relações entre o fisco e o contribuinte” (SOARES, 2010, p. 55).

Nessa senda, relevante proceder à análise do arcabouço normativo que substancia a estrutura dos crimes contra a ordem tributária, especialmente quanto aos efeitos jurídicos que defluem da possibilidade de extinção do *jus puniendi* estatal com a reparação do dano pelo contribuinte delinquente, a partir do pagamento do tributo devido.

Elucida Edmar Oliveira Andrade Filho (2007, p. 149), que as “causas de extinção da punibilidade atuam como inibidoras da aplicação da sanção penal, extinguindo o direito que tem o Estado de aplicar a punição quando da ocorrência de crime de qualquer natureza”.

Aqui, exsurge válido digressionar para registrar que a previsão da



extinção da punibilidade com o pagamento do valor do *quantum* tributário não ostenta o acento da novidade no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, eis que, desde antes do nascimento do vigente sistema constitucional, perpassando ao momento atual, existe uma plêiade de dispositivos legais que vêm, ora ampliando, assim restringindo a viabilidade de obstar a persecução penal, na hipótese de advir o adimplemento da obrigação fiscal.

Lembra Rui Barros Leal Farias que os casos são os mais variados, iniciando com o pagamento antes do início da ação fiscal, com o adimplemento antes do recebimento da denúncia, e culminando com “o advento da Lei federal nº 10.684/03 que possibilitou a extinção do *jus puniendi* [...]”, mesmo que seja cumprida a obrigação em ocasião posterior ao recebimento da denúncia” (FARIAS, 2005, p. 89).

Aos dias atuais, a possibilidade de extinção do *jus puniendi* no âmbito dos crimes contra a ordem tributária ecoa peremptoriamente no corpo da Lei nº 11.941/09, através dos dispositivos encerrados em seus arts. 68 e 69.

Vê-se, em realidade, que o sistema repressivo em questão possui como escopo precípua a simples tutela do pagamento dos créditos tributários devidos pelos contribuintes, em virtude do quê lança mão da figura da extinção da punibilidade, por meio da qual renuncia o Estado ao seu poder-dever de sancionar a conduta ofensiva ao bem jurídico protegido, como consequência do mero adimplemento da obrigação perante o ente tributante.

Para Hugo de Brito Machado, não há como olvidar que:

[...] a pena criminal, no caso do não pagamento de tributo, tem o exclusivo objetivo de compelir o contribuinte a fazer o recolhimento a que está obrigado. Ou, o que é pior, fazer o recolhimento do valor que a Administração Tributária entende devido, sem ter ao menos o direito de questionar a exigência perante o Judiciário (MACHADO, 2002, p. 22).

Por essas razões, é que a legislação penal tributária não se coaduna com os ditames constitucionais que orientam o processo de criminalização primária pelo legislador, tendo em vista a possibilidade de extinção da pretensão punitiva ante o simples pagamento do tributo devido ao sujeito ativo, demonstrando, assim, que o bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem tributária não possui elevada relevância dentro do quadro axiológico erigido na Constituição, donde o singela circunstância do pagamento do valor



exigido pelo Fisco tem o condão de extinguir por completo o *jus puniendi* estatal.

Aduz Zelmo Denari que o adimplemento do crédito tributário sempre foi utilizado como instrumento de extinção *jus puniendi* nos delitos contra a ordem tributária. “Trata-se, portanto, de um mecanismo liberatório que não deve escandalizar, pois atua em perfeita sincronia com o seu baixo índice de reprovação social” (DENARI, 1996, p. 187).

Em efeito, a regulamentação conferida pelo legislador às hipóteses de extinção da punibilidade acentua o caráter finalístico-arrecadador do ordenamento jurídico penal na seara tributária.

Igualmente, pondera Roberto Carvalho Veloso (2011, p. 123) que a avidez arrecadatória estatal “fez quebrar o princípio universal do arrependimento posterior como causa obrigatória de diminuição da pena”, transfigurando-a em causa extintiva do *jus puniendi* nos crimes contra a ordem tributária.

Substitui-se, assim, a opção pela proteção do bem jurídico contra eventuais lesões, em apego à instrumentalização da reparação da lesão já ocorrida.

Logo, não se afigura açodado concluir que o elastecimento dos casos albergados pelo instituto jurídico da extinção do *jus puniendi* no respeitante às figuras típicas previstas nos crimes contra a ordem tributária, traduzido na possibilidade de extinção ou suspensão da pretensão punitiva a qualquer tempo dos procedimentos administrativo ou penal, como conseqüência do pagamento do débito fiscal ou da concessão de parcelamentos, “decorre de uma opção política diversa, que acentua o sentido funcional da legislação penal e enfraquece sua finalidade preventivo-geral” (EISELE, 2001, p. 15).

Tem-se, pois, que o pagamento do crédito tributário avulta de maior importância para o legislador ordinário do que a efetiva punição dos agentes que transgridem as normas do Direito Penal, posto dispensar o exercício do *jus puniendi* com a simples reparação do dano causado, pelo cumprimento da obrigação tributária.

Com essa atitude, ganha reforço o entendimento de que o principal desiderato do mencionado conjunto normativo, destinado à persecução penal dos crimes tributários, é o de tão somente compelir o contribuinte ao pagamento do tributo.

Nessa linha de raciocínio, também Patrícia Schoerpf afirma que irrogar ao sujeito passivo uma penalização de caráter pessoal, como elemento inibidor, repressor ou de coação, por efeito de dívida tributária,



traduz verdadeira utilização de “instrumento coercitivo de cobrança, pela ordem tributária, para a obtenção do bem juridicamente tutelado pelo Direito tributário, que é o crédito tributário” (SCHOERPF. 2010, p. 59).

À mão do exposto, e notadamente relevando as disposições normativas pertinentes aos crimes contra a ordem tributária, pode-se concluir que o direito penal tributário caracteriza-se por ostentar inarredável caráter instrumental em face da arrecadação fiscal, funcionando a sanção penal referente aos delitos desse gênero como efetivo instrumento coercitivo para o pagamento do débito fiscal.

3 A PRISÃO POR DÍVIDA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO DO CONTRIBUINTE

Exsurge da seção constitucional destinada aos direitos e garantias fundamentais, a prescrição de que não haverá prisão civil por dívida, nos termos do art. 5º, inc. LXVII, da Magna Carta, à exceção do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, e do depositário infiel.

Atualmente, a proibição da prisão civil por dívida é um princípio adotado em todas as nações cujos sistemas constitucionais privilegiam o valor da dignidade humana, constando expressamente em textos constitucionais os mais diferenciados e em tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Nos dizeres de Gilmar Mendes (2009, p. 725), há consenso a respeito da desproporcionalidade da restrição à liberdade do indivíduo como meio de coerção ao pagamento da dívida e, ao mesmo tempo, como retribuição ao prejuízo causado ao credor.

Versando em relação à possibilidade de prisão do depositário infiel, bem ponderou o referenciado constitucionalista ao alinhar que, tomando-se em relevância a existência de outras modalidades processuais postas à faculdade do credor com vistas à satisfação de seu crédito, exsurge a prisão civil como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, em razão de que não passa no crivo da proporcionalidade como proibição de excesso.

A Lei nº 8.137/90, por seu art. 2º, inc. I, a qual definiu o crime de redução ou supressão de tributos, estabelece como ação nuclear do tipo uma omissão, qual seja, deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.



A norma inserta no dispositivo em questão suscita, por conseguinte, o questionamento acerca da possibilidade de definição como crime de uma circunstância que simplesmente configura uma dívida.

Diante da problemática inerente à interpretação das normas jurídicas, impõe-se guardar como norte da atividade do exegeta o elemento finalístico, consagrando como o mais adequado significado da norma aquele que melhor realize seus fins. Não somente isso, o respeito pela hierarquia das normas no sistema também exige do intérprete a consideração dos fins na busca da interpretação adequada. Por isso mesmo, na interpretação de normas de uma Constituição deve ser prestigiado o princípio da máxima efetividade.

Afeiçoar-se da maior relevância tomar em consideração a teleologia máxima da própria Carta Constitucional, que outra não pode ser senão a proteção do indivíduo contra o exercício abusivo do poder institucional.

Nessa senda, não se pode deixar de sublinhar que o Supremo Tribunal Federal, por ato de eminente Ministro Celso de Mello, à época na presidência da Corte, negou medida liminar no *Habeas Corpus* nº 77.631-SC, sob a afirmação de que, ainda que em sede de juízo perfunctório, a prisão por dívida tributária compatibilizar-se-ia com a Constituição Federal de 1988. Noutra dicção, seria dizer que a Suprema Corte nacional pontificou a constitucionalidade do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90, o qual preceitua como crime deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

A prisão civil, muito embora se conforme como medida privativa da liberdade de locomoção física do depositário infiel e do inadimplente de obrigação alimentar, não tem conotação penal, pois a sua exclusiva finalidade consiste em compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar.

Em realidade, assenta a Constituição, art. 5º, inc. LXVII, que não haverá prisão civil por dívida, salvo a responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Desta feita, atrelar-se com perempção ao elemento gramatical da interpretação constitucional, para admitir que a Constituição, ao vedar a prisão civil por dívida, não está em mesma forma vedando a definição da dívida como crime, seria equivalente a outorgar ao Legislativo ferramenta que lhe permitiria esvaziar completamente a supremacia constitucional, especialmente honrada nos direitos fundamentais, verdadeiros elementos de concretização do princípio da dignidade humana.



No âmbito em que insere a interpretação (concretização) constitucional, há de se buscar para além do fator meramente literal. É preciso eleger como escopo a realização dos objetivos que a norma tende a alcançar, os valores humanos que tende a realizar.

Em efeito, a norma constitucional que proíbe a prisão por dívida protege o direito à liberdade, alçando-o a patamar superior ao direito de receber um crédito. Tal não conduz ao significado de que o direito de receber um crédito restou sem proteção jurídica. Quer simplesmente dizer que essa proteção não pode chegar ao ponto de sacrificar o direito à liberdade. Situa-se, pois, a proteção do direito de receber um crédito no âmbito da ação destinada a privar o devedor de seus bens patrimoniais, que podem ser a final desapropriados no processo de execução.

Pondera com lucidez o já referenciado tributarista, acerca da diferenciação das naturezas jurídicas atinentes às prisões civil e penal, que:

A distinção entre as duas prisões, sendo, como é, muito mais grave a prisão penal, suscita a questão de saber se quem não pode o menos, pode o mais. Se o legislador, para proteger o direito do credor, não pode prescrever a prisão civil do devedor, o menos, não é razoável admitir-se que possa, para o mesmo fim, cominar pena de prisão, que é sanção indiscutivelmente mais grave (MACHADO, 2002, p. 23).

Logo, não se apresenta razoável admitir-se que o legislador pode definir como crime o que bem entender, mesmo que assim fazendo subverta os dispositivos da Constituição. Pudessem o legislador tipificar como crime o fato do inadimplemento da dívida, certamente a garantia constitucional seria nenhuma. “E dúvida não pode haver de que o tipo penal constante do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90, nada exige ademais do inadimplemento de uma dívida” (MACHADO, 2002, p.29).

Torna-se de bom alvitre ainda sublinhar que há muito o Supremo Tribunal Federal vem adotando o posicionamento de que o Fisco não pode lançar mão de sanções de natureza política, como a interdição de estabelecimento, ou igualmente a apreensão de mercadorias, como forma de impelir o contribuinte ao pagamento do tributo.

Não se desenha conforme à razão, assim, que a Corte Constitucional venha a validar o uso da sanção penal para o mesmo fim, a não ser que o STF se



disponha a incorrer na desmedida incoerência de repelir a utilização de sanções políticas, o que realizou, destaque-se, mediante a edição de súmulas, porém admita a prisão de seu proprietário, como meio de impor ao contribuinte o pagamento do débito fiscal.

Nesse contexto, pode-se conceituar a prisão civil como um “mecanismo legal do qual dispõe o sujeito ativo da obrigação tributária, para compelir o devedor a satisfazer, na forma e no prazo legalmente definidos, o pagamento da exação tributária” (ANDRADE FILHO, 2007, p. 191).

Esgrime Gilmar Mendes que a prisão civil dissocia-se da prisão de natureza penal, à medida que não traduz uma medida estatal como resposta à prática de infração penal, correspondendo, antes, a um meio processual reforçado de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado para a execução da dívida, “destinando-se apenas a compelir o devedor a cumprir a obrigação contraída, persuadindo-o da ineficácia de qualquer tentativa de resistência quanto à execução do débito” (MENDES, 2009, p. 724).

Desse modo, nada obstante a sanção privativa de liberdade prevista para as figuras típicas que estão encampadas nos crimes contra a ordem tributária possua índole formalmente penal, impõe-se, igualmente, não ignorar que os elementos materiais que a informam terminam por configurar características e escopo semelhantes aos enxergados nas prisões cíveis por dívida, uma vez que, antes de ser manejada como forma de punição à transgressão ao bem jurídico penalmente tutelado, presta-se, em realidade, a pena a impelir o contribuinte-devedor a realizar o pagamento do débito fiscal.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade constitui um direito fundamental do indivíduo, devidamente assegurado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

E não existe direito humano mais importante que o direito à vida, “e o óbice à liberdade pessoal, à liberdade de locomoção, ao direito de ir e vir reflete, diretamente, no valor vida” (SHOERPF, 2010, p. 44).

Acentua, em seu magistério, Patrícia Schoerpf que:

[...] a Administração Fazendária utiliza-se da prisão civil como instrumento coativo para compelir o devedor tributário ao pagamento do tributo devido, e não existe esfera mais intimidatória para o cidadão que a penal, frente à potencial ameaça de pena prisional, atentatória à vida e à liberdade pessoal e de locomoção” (SCHOERPF, 2010, p. 46).



A prisão civil, portanto, visa unicamente a constranger alguém ao cumprimento de determinada obrigação; funciona como meio coercitivo, destinado a assegurar o exato cumprimento da obrigação.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.101-9/130-PR, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, sacramentou, em síntese, que a causa primeira da prisão criminal é o ato jurídico ilícito absoluto (crime), de passo em que a prisão civil repousa em ato ilícito relativo, de modo que não poderiam, logicamente, produzir efeitos jurídicos iguais e de mesma natureza.

Consignou, nesse sentido, o Ministro Néri da Silveira, no bojo do mesmo HC nº 70.101-9/130-PR, ao comentar o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição, que a prisão civil expressa, “a par de outras medidas processuais menos severas, mero meio coercitivo para se obter a execução da obrigação alimentar ou de restituir o depósito, cessando de imediato sua eficácia tão logo o executado cumpra a obrigação imposta”.

Em mesma esteira, leciona Álvaro Villaça de Azevedo (2000, p. 51), que “a prisão penal está prevista na legislação criminal e é decretada quando os princípios reconhecidos por esta são ameaçados ou violados”, de passo que a sanção de matiz civil não apresenta o caráter de pena, mas de meio coercitivo, imposto ao cumprimento de determinada obrigação.

Ora, se é certo que a prisão civil diferencia-se da penal, como simples meio para compelir o devedor a satisfazer a obrigação que somente a ele compete executar, sendo, pois, menos severa, “com muito mais razão deve-se entender que, não sendo possível a prisão civil, muito menos será admissível a prisão penal do devedor como instrumento de proteção do direito do credor, haver seu crédito” (MACHADO, 2002, p. 22).

Ao lume do que se depreende das considerações alinhavadas, possui a prisão civil o caráter de instrumento coercitivo, destinado a forçar o devedor a cumprir determinada obrigação da qual é sujeito passivo. Em assim sendo, é que a simples extinção do liame obrigacional, mediante o adimplemento da prestação devida, ostenta o condão de liberar o devedor da constrição imposta à sua liberdade pessoal.

Dessa sorte, sob o pálio dos elementos que informam o ordenamento jurídico penal tocante aos delitos contra a ordem tributária, incontável a compreensão de que a sanção penal tributária cominada às respectivas figuras típicas emoldura-se com peculiar singularidade aos contornos da prisão de natureza civil, de vez que utilizada como mera forma de coerção do sujeito



passivo da obrigação, no afã de compelir o contribuinte à satisfação do crédito tributário.

Corroborando com tal assertiva, importa, por mais um turno, elucidar que, no espectro dos crimes contra a ordem tributária, a reparação do dano a partir do pagamento da exação fiscal, antes de configurar causa de diminuição da pena, qual sucede com a generalidade dos tipos penais, encerra causa extintiva do poder-dever de punir do Estado, demonstrando, às escâncaras, a feição eminentemente instrumental arrecadatória do microssistema penal sob enfoque.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Na esteira das ponderações vergastadas nas seções anteriores, desenhou-se que o complexo normativo concernente aos delitos contra a ordem tributária vem padecendo de um inconstitucional desvirtuamento, especialmente diante do manejo da sanção penal como simples mecanismo para forçar o contribuinte-devedor ao adimplemento da obrigação ante o Fisco.

Isto porque, ao prescrever o legislador ordinário a possibilidade extinção do *jus puniendi* estatal na hipótese de pagamento do débito fiscal, independentemente do momento processual, assim na esfera penal, seja na administrativa, observa-se verdadeiro deslocamento do objeto tutelado pelo direito penal no caso, que deixa de se ocupar do dano ou perigo de dano ao bem juridicamente protegido – ordem tributária –, para colimar exclusivamente a satisfação do crédito existente em nome da Fazenda Pública.

Desse modo, tomando em relevo que a sanção penal vem sendo manejada, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, como simples cabedal de coerção do contribuinte ao pagamento do gravame fiscal devido, logra-se concluir, nesses casos, que a pena privativa de liberdade cominada para tal espécie de delitos identifica-se com o instituto jurídico da prisão civil por dívida.

Portanto, ao lançar mão da pena prisional como instrumento para obter o cumprimento da obrigação de cunho tributário pelo contribuinte-devedor, escopo este inerente às prisões de natureza cível, que apenas pretendem compelir o sujeito passivo à satisfação do direito do credor, incorre em inconstitucionalidade a legislação penal tributária, desde que afronte, ainda que obliquamente, o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal.

Isto porque, em não sendo atribuído ao legislador aplicar a prisão



civil por dívida tributária e, por conseguinte, como meio para forçar o contribuinte a implementar o pagamento do crédito tributário, tampouco se lhe afigura autorizada a prescrição da sanção penal privativa liberdade frente à inadimplência de débito fiscal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Crimes contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

EISELE, Andreas. **Direito Penal Empresarial: a Reparação do Dano no Direito Penal Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

FARIAS, Rui Barros Leal. **A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária e função do Direito Penal**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 121, out./2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

MASSOUD, Roland Raad. **As inconstitucionalidades da pena de prisão no direito tributário**, Revista dos Tribunais. In: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, RT: ano 04, n. 16, jul./set. 1996.



MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHOERPF, Patrícia. **Crimes contra a ordem tributária**: aspectos constitucionais, tributários e penais. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SOARES, Antônio Carlos Martins. **A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

THE PUNISHABLENESS EXTINCTION IN THE CRIMES AGAINST THE LEGAL TAX SYSTEM: THE IMPRISONMENT DUE TO TAX LIABILITY AS AN INSTRUMENT TO COERCE THE TAXPAYER

ABSTRACT

The Article aims to analyze the constitutionality of the use of the imprisonment in the context of the crimes against the legal tax system, in the face of the fundamental right statued by the article 5, subsection LXVII, of the Federal Constitution. To this end, the hypotheses of resignation to *jus puniendi* in crimes against the legal tax system will be studied, as well as the characteristics and legal content of the civilian arrest, with the aim of demonstrating the unconstitutional distortion that the criminal law tax suffers, taking into account the use of repressive mechanisms as instruments of coercion, in order to enforce the taxpayer to fulfill his taxes obligations.

Keywords: Tax crimes. Punishableness'extinction.



Civil arrest. Criminal sanction. Instrument of coercion. Unconstitutionality.



O MINISTÉRIO PÚBLICO SOCIAL E AS DECISÕES ESTRUTURAIS NO BRASIL

Marcus Aurélio de Freitas Barros^{1*}

Doutorando pela Universidad del Paes Vasco/ES

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN

RESUMO

O presente trabalho traz à baila um tema muito pouco desenvolvido no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, apesar de sua importância para a tutela efetiva de direitos sociais, difusos e coletivos: as decisões estruturais. Muitos conflitos coletivos exigem, para sua solução, decisões que determinem providências estruturais ou que resultem em alguma alteração institucional, importando em uma grande intervenção na estrutura de entes públicos e privados, como ocorre quando se está diante de problemas complexos nas áreas da saúde, educação, segurança, assistência social, sistema penitenciário, sistema socioeducativo etc. Mais ainda, a presente investigação discute, particularmente, o papel do Ministério Público Brasileiro como indutor da construção de uma teoria jurídica capaz de lidar com a complexa e aguda problemática que envolve o tema das decisões estruturais, considerando que a legitimidade da

^{1*} Professor da UFRN, Professor da Pós-Graduação em Processo Civil da UFRN, UnP, Uni-RN, ESMARN e Metacursos, Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

instituição ministerial decorre de sua feição de um verdadeiro Ministério Público Social.

Palavras chaves: Ministério Público. Direitos Fundamentais. Decisões estruturais.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de reformas processuais e de afirmação dos valores constitucionais, um dos temas mais recorrentes, notadamente entre constitucionalistas e processualistas, é o do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), principalmente diante do dever estatal de proteger e efetivar os inúmeros direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, difusos e coletivos) constitucionalmente assegurados.

Diante disso, se faz necessário, para garantir a efetiva tutela de todos os direitos, cada vez mais, pensar em incrementar os mecanismos e as técnicas, judiciais e extrajudiciais, de solução dos mais diversos conflitos e situações que nascem no seio social, de modo que, à luz das nuances dos respectivos direitos materiais, se possa construir métodos adequados de solução dos problemas sociais que, por ação ou omissão inconstitucionais, importem em graves violações de direitos fundamentais.

No atual estágio de evolução do Direito, quando se põe os olhos sobre as transformações recentes do processo civil brasileiro e, sobretudo, no ainda projeto de novo Código de Processo Civil, se percebe a preocupação de criar novos procedimentos, técnicas, padrões decisórios, meios executivos etc., para propiciar solução mais adequada e efetiva para categorias específicas de conflitos, sobretudo quando são judicializados.

Pode-se citar, ainda que de forma meramente exemplificativa, já que o rol é dos mais amplos, a preocupação especial em lidar com alguns litígios, tais como os: a) de pequena monta (questões de bagatela)²; b) que envolvem obrigações de fazer ou não fazer (art. 461, CPC) ou entregar coisa certa ou incerta (art. 461-A, CPC); c) que atingem a coletividade, chamados litígios de massa (ex.: Lei nº 7.347/85, Lei nº 12.016/09, entre outros); d) que envolvem crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90) etc.

² Leis dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95 e 10.259/01).



Mais recentemente, através de institutos como a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º, CPC), o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A, CPC) e a ênfase que se tem dado ao incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no projeto de novo CPC, percebe-se uma preocupação aguda com as demandas que envolvem uma mesma questão jurídica (ações repetitivas), muito comum diante das relações massificadas e da velocidade com que a informação é disseminada hoje em dia, a fim de evitar decisões díspares para o mesmo conflito de direito material.

Não obstante esta louvável preocupação em dotar de especial tratamento, sobretudo processual, os conflitos que envolvem determinados direitos fundamentais, é indiscutível que uma categoria específica de litígios não vem sendo alvo da devida atenção e detença dos estudiosos, o que gera graves dificuldades para a proteção de direitos coletivos em sentido lato. A referência é aos chamados, na esteira sobretudo da doutrina estadunidense, litígios de reformas estruturais ou institucionais (também chamados de litígios estratégicos), que serão melhor explicados ao longo do trabalho.

Sabe-se que muitos direitos fundamentais sociais, difusos e coletivos dependem de políticas públicas e de sistemas especialmente engendrados pelo Direito para a proteção e implementação destas. É o caso do Sistema Único de Saúde (SUS), do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), este último para o acompanhamento de adolescentes em conflito com a lei. Também se sabe que há toda uma normativa que molda, no âmbito nacional ou de entes federativos, o sistema educacional, sistema penitenciário, de segurança pública etc.

O grande problema é que, cotidianamente, são estampadas as graves deficiências, a falta de prioridade, a ausência de investimentos, enfim os diversos descumprimentos, notadamente pelo Poder Público, das exigências constitucionais e legais para que tais sistemas de proteção de direitos efetivamente funcionem e, por conseguinte, se alcance a efetiva proteção a direitos de alta relevância constitucional e que dependem de gestão eficiente e de prestações estatais, com fortes reflexos orçamentários.

Um exemplo eloquente, que vem sendo sistematicamente divulgado no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, são os problemas graves que envolvem o sistema socioeducativo do Estado, chegando-se ao ponto de vários adolescentes não estarem cumprindo medida socioeducativa em meio fechado, diante da falta de vagas nas unidades de internação e



semiliberdade do Estado³.

O problema social é tão grave que tem refletido num quase total descrédito no sistema de justiça, uma vez que se avoluma o sentimento de ausência de responsabilização pela prática de ato infracional, o que importa no recrudescimento da violência e numa suspeita fundada da ação de grupos de extermínio para fazer justiça com as próprias mãos. A omissão do Estado reforça, inclusive, o discurso pela redução da maioridade penal.

Eis, pois, uma situação grave que envolve a necessidade de altos investimentos, com forte repercussão orçamentária, impondo-se alteração institucional na atual estrutura do sistema socioeducativo potiguar. É notória, quando se põe em foco conflitos desse jaez, a incapacidade de o sistema jurídico lidar com decisões que interferem fortemente em atos de gestão, em recursos humanos, materiais, institucionais, em investimentos, enfim que demandam medidas complexas de alteração de estruturas viciadas.

O objetivo do presente trabalho é justamente enfrentar a problemática, muitas vezes esquecida pelos teóricos que se debruçam sobre o cenário jurídico, das decisões coletivas que demandam reformas estruturais ou institucionais, que, muitas vezes, não se resolvem em um só ato, mas demandam uma série de medidas complexas, que se protraem no tempo (providências futuras).

Se essas decisões são imprescindíveis para a superação de omissões inconstitucionais e para a solução de demandas que envolvem direitos fundamentais de alta significação social, não podem ficar ao largo do sistema jurídico e, por conseguinte, do sistema judiciário, como se fossem decisões exclusivamente políticas, que não importam ao Direito.

Mais ainda, se pretende investigar o nível de comprometimento e a postura que deve ser adotada, dentre os atores jurídicos, pelo Ministério Público Brasileiro, ante a espinhosa missão de enfrentar, a partir de um modelo afinado com os ditames constitucionais, o problema das decisões estruturais no direito brasileiro.

A ausência de uma teoria jurídica que estabeleça padrões para as decisões estruturais, faz com que problemas graves fiquem sem solução, principalmente se não houver disposição para uma solução extrajudicial do conflito, diante da compreensão meridiana de que o sistema processual não

³ Conferir a seguinte notícia veiculada no dia 10 de fevereiro de 2014: <http://portalnoar.com/centenas-de-processos-contramenores-infratoes-estao-parados-por-falta-de-vagas-no-rn/>.



permite a solução adequada de tais litígios complexos, que envolvem reformas estruturais ou institucionais, e que ocasionam portentosos problemas sociais.

Para alcançar tal desiderato, partiremos da compreensão do atual modelo de Ministério Público, cada vez mais afinado com seu perfil constitucional, ressaltando que a tutela coletiva e a solução dos entraves à efetivação de direitos sociais, difusos e coletivos constituem condição e importante fator de legitimação social do Ministério Público no atual modelo de Estado Constitucional Brasileiro.

Ato contínuo, estudaremos, a partir de premissas teóricas colhidas da doutrina norte-americana, argentina e brasileira, as decisões estruturais, demonstrando sua importância e o desafio que impõem à efetividade da tutela coletiva, bem como o papel protagonista do Ministério Público Brasileiro na identificação dos caminhos de superação dos óbices à efetividade das decisões estruturais de âmbito coletivo, sobretudo em face do Poder Público, tanto no âmbito judicial como extrajudicial.

Eis, pois, o caminho que se pretende seguir neste trabalho.

2 O PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL: AGENTE POLÍTICO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Os membros do Ministério Público Brasileiro foram alçados, a partir da Constituição Federal de 1988 – ninguém há de negar, até porque perceptível por qualquer observador minimamente atento – ao patamar de notáveis agentes políticos de transformação social⁴, sendo reconhecidos e valorizados pela própria sociedade como um dos principais indutores das necessárias mudanças no campo jurídico, social, político, econômico etc., que se apresentam como indispensáveis para a efetivação dos direitos constitucionais.

A instituição ministerial, vale dizer, sofreu extraordinária evolução ao longo dos tempos, até se afirmar como um verdadeiro Ministério Público Social.

As raízes históricas deste notável organismo são bastante controvertidas. Ainda que muitos identifiquem as origens remotas do Ministério Público há mais de quatro mil anos no *magiaí*, funcionário real no

⁴ Sobre a posição do Ministério Público como autêntico agente político e seus principais dilemas: FERRAZ, 2010, p. 121-132.



Egito (MAZZILLI, 1997, p. 1)⁵, não se nega que o Ministério Público somente veio a se consagrar como instituição portadora de garantias com a Revolução Francesa de 1789 (ALMEIDA e PARISE, 2013, p. 258) e, posteriormente, com os textos napoleônicos, que moldaram o perfil tradicional do *Parquet* (tal expressão foi criada exatamente na França) (MAZZILLI, 1997, p. 1-2)⁶.

Nessa época, notabilizou-se o Ministério Público, além da defesa do erário público, por assumir a condição de *dominus litis* da ação penal, já que os procuradores gerais passaram a exercer a acusação dos criminosos, assumindo a instituição ministerial a postura de uma verdadeira Magistratura de pé (MELLO JUNIOR, 2013, p. 89). Também, sobretudo a partir de ditames do Código Civil Francês (Código Napoleônico), foi-lhe reservada a nobre função de *custos legis* (fiscal da lei), sobretudo na área afeta ao Direito de Família.

Foi por influência deste momento histórico que o órgão ministerial, por cerca de dois séculos, passou a ser visto e reconhecido socialmente como um acusador sistemático, como o titular da ação penal, notadamente por sua atuação no Tribunal do Júri⁷. Já no âmbito cível, atuava como fiscal da lei (mero parecerista), sobretudo em matéria de família e incapazes.

Hoje em dia, pondo em destaque a realidade constitucional brasileira e o papel reservado ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, não se pode, ao menos no Brasil, que possui um modelo peculiar, considerado o mais avançado do mundo, de *Parquet*, atribuir ao órgão ministerial, no século XXI, a pecha de acusador sistemático ou de mero fiscal

⁵ Afirma, a esse respeito, João Cancio de Mello Junior que: “Segundo os estudiosos da instituição do Ministério Público, a tese mais aceita, quanto à sua origem remota, é de que ela se deu no Egito, há 4 mil anos, ou seja, em 2.000 a.C., momento histórico quando os chamados procuradores do Rei exerceram funções muito assemelhadas às atribuições ministeriais. (...). Assim, historicamente, alguns estudiosos identificaram as origens do Ministério Público há mais de 4 mil anos no magiaí, funcionário real no Egito” (MELLO JUNIOR, 2013, p. 86 e 87).

⁶ Em verdade, a França pode ser considerada o berço do Ministério Público atual. Com Filipe, o Belo, no século XIV, o poder real francês assume o monopólio da distribuição da justiça e passa a conceber a figura dos procuradores do rei. A certidão de nascimento da instituição se deu com o advento da célebre Ordonnance, de 25 de março de 1303, que é o primeiro diploma legal a fazer menção ao procureur du roi, verdadeiros agentes do poder real perante as Cortes (MELLO JUNIOR, 2013, p. 88). Vê-se que o Ministério Público nasce comprometido com os interesses da coroa, com a defesa do poder instituído e do erário público. Bem diferente de seu perfil atual!

⁷ Um retrato emblemático, ainda que bastante caricato, desta visão do Parquet como órgão eminentemente acusatório é dada pelo grande Ariano Suassuna que, em seu consagrado livro, também sucesso no cinema, “O Auto da Compadecida”, apresenta o Ministério Público através da figura do Diabo, revelando, através da forte simbologia, o sentimento popular em relação à instituição.



da lei⁸. Muito ao contrário!

O fato de ser, ainda hoje, o titular da ação penal não impede o agente ministerial de ser antes de tudo, um promotor de JUSTIÇA, pedindo o arquivamento da investigação ou a absolvição do réu quando não houver provas que sustentem a persecução penal, não sendo lícito que corrobore com injustiças na seara penal.

Assim também, o Ministério Público vai perdendo a condição de *custos legis*, expressão que denota a ideia de que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República são fiscais da lei (ou do resultado do trabalho do Poder Legislativo), o que ainda o coloca como agente a serviço do poder instituído, passando a ser visto como *custos juris* (fiscal do Direito) e, no caso do Brasil, como um verdadeiro *custos societatis* (guardião da sociedade), detentor da nobre missão de tutelar os interesses e direitos sociais⁹.

Destaca-se, portanto, uma importante função promocional do *Parquet*, exercendo o poder de impedir atos de violação, bem como de promover os direitos fundamentais (COMPARATO, 2003, p. 254). Sobre a força atual do Ministério Público, merecem menção as ponderações de João Gaspar Rodrigues, adiante transcritas:

O Ministério Público não retira sua força da proximidade com o Judiciário, Executivo ou Legislativo, ou de qualquer outro escaninho da máquina estatal. Não. Como Anteu da Mitologia, a instituição fortalece-se quando se aproxima da sociedade,

⁸ Ensinam Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior que: "Num espaço relativamente curto de tempo, o Ministério Público transformou-se de órgão encarregado de promover a ação penal e de intervir, na qualidade de custos legis, em algumas causas cíveis de reduzida repercussão social, em 'instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado', incumbido da 'defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127, caput, da Constituição Federal). De uma situação de subordinação ao Executivo (...) passou a ter na Constituição uma posição de independência e autonomia diante dos poderes do Estado" (FERRAZ e GUMARÃES JÚNIOR, 1997, p. 19).

⁹ Oportuna a lição de Gregório Assagra de Almeida sobre as concepções acerca da natureza institucional do órgão ministerial, quando informa que: "...a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a social, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade" (ALMEIDA, 2013, p. 58).



quando através de suas legítimas atribuições (judiciais e extrajudiciais) atende os legítimos anseios sociais, quando em defesa dos interesses sociais não escolhe ou poupa adversários, quando em sua evolução institucional se mantém fiel aos ideais de berço (ou as coordenadas originárias): justiça, paz, segurança, liberdade, interesse público (RODRIGUES, 2012, p. 86).

O Ministério Público Brasileiro, diante de seu papel protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, deve ser visto – e efetivamente já o é – como importante agente político de transformação da sociedade, um verdadeiro baluarte na defesa da sociedade em geral, a qual se vê impotente para lutar contra os excessos dos detentores das mais variadas formas de poder (político, econômico, social, decorrente da força institucionalizada etc.).

É certo, portanto, que, atualmente, não cabe ao *Parquet* tão somente exercer suas funções tradicionais de fiscalizar a lei. As políticas públicas, por exemplo, não podem passar longe dos olhos da instituição ministerial. Sem dúvida, cumpre aos agentes ministeriais acompanhar de perto e com eficiência a formulação e execução de importantes políticas públicas, transformando-se “em agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas” (CAMBI, 2009, p. 488, grifos do autor). Daí ser legítimo falar num verdadeiro Ministério Público Social.

Não se pode negar que este Ministério Público Social se apresenta, no Brasil, como importante ator político e social. É certo que, diante da especialização de suas atribuições e da credibilidade social amealhada em áreas de notável interesse social, como saúde, educação, segurança pública, assistência social, direitos das minorias etc., o agente ministerial, não poucas vezes, é chamado a encampar demandas sociais que não se viabilizaram pelos mecanismos tradicionais da democracia, já que pode manejar fortes instrumentos extrajudiciais (inquérito civil, recomendações, compromissos de ajustamento de conduta etc.) ou manejar ações coletivas de grande repercussão (BARROS, 2012, p. 12).

A grande verdade é que, segundo aplaudida classificação de Marcelo Goulart, são identificáveis dois modelos atuais de Ministério Público: o demandista e o resolutivo (GOULART, 1998, p. 119-123), cumprindo perscrutar qual o que melhor atende aos desafios do Ministério Público Social do século XXI.

O Ministério Público demandista, ainda muito presente no cenário brasileiro, infelizmente, se caracteriza pelo privilégio às atuações processuais,



seja no manejo de ações civis públicas, seja na atuação como *custos legis* (COSTA, 2011, p. 45).

A atuação demandista se caracteriza pela conduta frequente de transferir ao Poder Judiciário a resolução de problemas sociais, funcionando o membro do *Parquet*, ao invés de verdadeiro agente político, como mero repassador dos conflitos sociais, muitas vezes complexos, para o ambiente judicial, ainda que com poucos resultados em termos de efetividade. Simbolicamente, é representado pela figura do “Promotor de Gabinete”, que prefere manter-se como ator processual, ao invés de exercer seu papel político, que implica particular empenho para a solução direta dos conflitos.

Trata-se, é fácil perceber, de um modelo de atuação que sofre severas críticas da doutrina. Lembra, por exemplo, Athayde Ribeiro Costa, que os tempos atuais: “...impõem o real comprometimento dos agentes ministeriais com a solução e a composição dos conflitos que enfrentam no seu cotidiano profissional. A adoção do modelo demandista tem como consequência a ineficácia social da atuação do *Parquet*” (COSTA, 2011, p. 46).

O único modelo, portanto, que se afina com a ideia de um Ministério Público Social, como se tem defendido ao longo do presente trabalho, é o modelo resolutivo, sendo certo que: “...O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social” (ALMEIDA, 2013, p. 59).

Caracteriza-se, na verdade, pelo engajamento do agente ministerial, através da busca incessante por soluções negociais (mais céleres e efetivas), especialmente pela via extrajudicial (através do inquérito civil, compromissos de ajustamento de conduta, recomendações etc.), mas também no âmbito judicial (ainda que compreendida tal alternativa como via excepcional), na resolução dos problemas sociais ligados a direitos fundamentais. Simbolicamente, a atuação do *Parquet* se caracteriza pela “mediação social”.

Nessa linha, propõe Marcelo Goulart que, para ser resolutivo, o membro do Ministério Público deve atender a algumas exigências. São elas: a) transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual de sua atuação; b) atuar integradamente e em rede, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; c) transnacionalizar a sua atuação, procurando parceiros no mundo globalizado; e, d) buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação) (GOULART, 1998, p. 121-122).



É fato, portanto, que a grande preocupação do Ministério Público do Século XXI, na esteira de uma atuação necessariamente resolutiva, deve ser a ampliação de sua legitimação social¹⁰, o que implica em atuar e alcançar resultados práticos na proteção dos direitos que lhe cabe defender, tanto na via judicial como extrajudicial.

A esse respeito, Gregório Assagra de Almeida elenca em torno de dez fatores que concorrem para uma maior legitimação social do *Parquet* brasileiro, o que significa, em última *ratio*, valiosas alternativas para uma melhor tutela dos direitos constitucionais.

Dentre os fatores citados, destacam-se: a) a priorização da atuação preventiva; b) o exercício da função pedagógica da cidadania (ênfase na elaboração de cartilhas e envolvimento com projetos sociais); c) a realização de audiências públicas periódicas (espaço de participação social democrática); d) o combate às causas geradoras das desigualdades sociais (acompanhamento dos indicadores sociais e incremento do planejamento institucional); e) a postura de provocar estrategicamente o controle judicial e extrajudicial de constitucionalidade; f) investimento na tutela extrajudicial, reforçando a ideia de Ministério Público resolutivo; g) a atuação nos exatos limites de sua especificação funcional, sem se afastar do que impõe o art. 127 da CF/88; h) o acompanhamento da tramitação processual e fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais; i) não utilização da independência funcional como meio de se escusar de cumprir o planejamento estratégico da instituição; e, j) valorização de uma formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público (ALMEIDA, 2013, p. 70-99).

Fica evidente, portanto, que todas as propostas apresentadas são direcionadas para otimizar a atuação ministerial em face dos diversos conflitos sociais que se apresentam ao *Parquet* brasileiro no seu cotidiano.

Uma categoria destes litígios, contudo, não vem sendo alvo da devida atenção. É necessário pensar numa atuação estratégica para lidar com os chamados litígios estratégicos ou de reformas estruturais e, mais especificamente, definir padrões para manejar as chamadas decisões

¹⁰ Chama a atenção Ricardo Gralha Massia para a necessidade imperiosa de o Ministério Público brasileiro, diante da escassez de recursos para fazer face às inúmeras demandas sociais, estabelecer prioridades de atuação. Sobre o assunto, acrescenta, que: “Assim, como o médico de um hospital superlotado necessita fazer escolhas difíceis, o membro do Parquet também deve decidir acerca de como administrar os recursos que lhe são disponíveis, sob pena de deixar perecer os direitos cuja proteção pretende.” (MASSIA, 2011, p. 24).



estruturais, necessárias tanto na via extrajudicial como judicial.

Se a legitimação social do Ministério Público brasileiro passa pela necessidade de alcançar soluções para todos os conflitos que surgem no seio social e, cada dia mais, não é suficiente somente agir, demandar, mas se faz imperioso chegar a resultados concretos, o agente ministerial não pode, diante da necessidade de tutelar coletivamente todos os direitos, deixar de dar a devida atenção para os conflitos coletivos que exigem decisões estruturais, ou seja, que vão interferir fortemente em estruturas viciadas, promovendo alterações institucionais, e que exigem, ao invés de uma solução específica, providências futuras que vão se moldando ao longo do tempo.

É preciso, portanto, colocar as decisões estruturais na ordem do dia das preocupações do Direito e, particularmente, do órgão do sistema de justiça cuja legitimação social depende de resolução de questões estruturais, como é o caso do Ministério Público brasileiro.

Nesse diapasão, cumpre estudar as decisões estruturais, destacando o papel do *Parquet* como indutor da construção de uma teoria das decisões judiciais que seja capaz de fazer face às exigências práticas das decisões estruturais.

3 AS DECISÕES ESTRUTURAIS: UM DESAFIO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO SOCIAL NO BRASIL.

O estudo teórico das decisões estruturais é um dos terrenos mais movediços da seara jurídica hodierna, diante das dificuldades e desafios que impõe ao jurista, sobretudo em razão do fato de que põe às claras que a autoridade responsável pelo *decisum* assume, indiscutivelmente, a condição de um verdadeiro agente político.

Trata-se, a bem da verdade, de um tema solenemente negligenciado pela doutrina brasileira de um modo geral, não obstante, como já foi possível explicitar, seja de absoluta relevância para a solução de problemas sociais com graves repercussões jurídicas.

Mesmo no âmbito processual são escassos os aportes doutrinários ou jurisprudenciais específicos sobre o tema. É certo que já há uma compreensão de que o direito à tutela judicial efetiva pressupõe o direito a uma decisão judicial qualificada. Já há, inclusive, os que sustentam, como corolário do direito à tutela efetiva, um direito de obter uma resolução judicial de fundo, motivada, fundada em direito e congruente (LLOBREGAT, 2008, p.



77-134). Não obstante, é escasso – ou quiçá inexistente – o desenvolvimento do tema à luz da problemática tormentosa das decisões estruturais.

Os processualistas, em sua grande maioria, a bem da verdade, sequer atentaram para a necessidade de construir, a partir do modelo constitucional de processo, uma teoria das decisões jurídicas que contribua para a solução adequada dos diversos – mesmo que complexos – litígios que buscam solução judicial ou extrajudicial^{11 12}.

Diante desta constatação, mister centrar a atenção nas principais nuances que envolvem as decisões estruturais, a fim de permitir uma compreensão do tema e fincar as bases para que autores de nomeada, ao se debruçarem sobre a necessidade de construir uma teoria das decisões judiciais, não olvidem as discussões ora em foco.

Cumpra, neste momento, examinar: a) o delineamento das decisões estruturais; b) sua adequação ao sistema jurídico brasileiro (seus requisitos, limites e formas de implementação); e, c) o desafio posto ao Ministério Público do Brasil.

3.1. As decisões estruturais em foco

As decisões estruturais podem ser melhor compreendidas a partir do estudo da técnica, desenvolvida a contento no direito estadunidense, das *structural injunctions*¹³. Parte da compreensão de que muitas decisões sobre

¹¹ Em grande medida, exceção deve ser feita a Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, que, diferentemente da imensa maioria dos cursos e manuais de Direito Processual Civil, não tratam apenas da sentença, mas de uma teoria da decisão judicial (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 311-425).

¹² No direito argentino, dignos de destaque os trabalhos de Ricardo Luiz Lorenzetti sobre a “Teoria da decisão judicial” (LORENZETTI, 2009) e Jorge Eduardo Douglas Price sobre “A decisão judicial” (PRICE, 2012).

¹³ Segundo os ensinamentos de Desiré Bauermann: “As structural injunctions são um moderno fenômeno nascido da necessidade de desenvolvimento do direito constitucional, visto que a Suprema Corte norte-americana identificou na Constituição do país inúmeros direitos materiais cuja efetiva observância apenas poderia se dar pela supervisão judicial substancial, como, por exemplo, para verificar se os direitos humanos são respeitados em prisões ou hospitais para doentes mentais. Essas decisões são denominadas ‘estruturais’ em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial. (...)”. Ademais, as structural injunctions alteram o padrão tradicional dos comandos judiciais, que normalmente tem por foco uma situação ocorrida no passado, que gera uma disputa a ser solucionada pelo Poder Judiciário através de uma decisão, sempre dentro dos limites estabelecidos pelos litigantes. Nas structural injunctions, ao contrário, as partes não são claramente delimitadas, e envolvem tanto os litigantes quanto o juiz no seu cumprimento



questões coletivas fogem do trivial, do modelo tradicional de julgamento, não importando em decisões simples que atingem linearmente apenas a esfera das partes e ficam circunscritas a estas.

O caso mais emblemático de litígio estrutural talvez seja a famosa solução dada ao caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*¹⁴, que tratava, em resumo, das questões da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos. Nessa decisão, a Suprema Corte determinou a supervisão das cortes locais para acompanharem, ao longo do tempo, o cumprimento da ordem que impedia a segregação de crianças negras nas escolas.

Na verdade, como ensina Sérgio Cruz Arenhart, as decisões estruturais não são singelas: “Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva *futura*, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo...” (ARENHART, 2013, p. 394).

É o que acontece, por exemplo, no caso já assinalado de relance, do gravíssimo problema atual do sistema socioeducativo do Estado do Rio Grande do Norte, que tem vitimado inúmeros adolescentes potiguaros, diante da precariedade do sistema, que gera, além da falta de perspectivas futuras para os adolescentes, a ausência de credibilidade social no sistema de justiça.

Investigação acurada patrocinada pelo Ministério Público Estadual¹⁵ – e chancelada pelo Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONSEC/RN)¹⁶ – revelou, dentre outras tantas coisas, que: a) o problema envolvia a gestão do sistema socioeducativo como um todo, não se restringindo a uma ou poucas unidades de internação ou semiliberdade; b) as interdições parciais das unidades, anteriormente determinadas, só transferiram o problema de uma unidade para outra; c) era patente a ausência de equipe técnica nas unidades, apesar do grande número de servidores de nível superior cedidos pela entidade gestora a outros órgãos; d) equipe

futuro. Conforme adverte Abram Chayes, tais ordens fogem do padrão, visto que procuram ajustar comportamentos futuros ao invés de compensar erros passados; são desenvolvidas deliberadamente ao invés de logicamente serem deduzidas da natureza do prejuízo sofrido; exigem um processo contínuo de cumprimento ao invés de se esgotar num único ato; finalmente, prolongam e aprofundam, ao invés de terminar, o envolvimento do tribunal com o direito em causa” (BAUERMAN, 2012, p. 66-68).

¹⁴ Para uma maior aprofundamento e riqueza de detalhes sobre o caso Brown, conferir: BAUERMAN, 2012, p. 53-66 e ARENHART, 2013, p. 394-396.

¹⁵ Inquérito Civil nº 010/2012, da 21ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal/RN.

¹⁶ Através da Resolução nº 081/2012 e da Resolução nº 085/2013.



de socioeducadores desqualificada e jornada de trabalho que não permite acompanhamento do adolescente e suas famílias; e) ausência de articulação com a rede para a prestação de serviços de saúde, educação, assistência social e iniciação ao trabalho de qualidade; f) ilegalidade na concessão de gratificações e nomeação de cargos comissionados; g) ausência de materiais para as atividades pedagógicas, de lazer e profissionalizantes, o que gerava absoluta precariedade na realização das citadas atividades; h) necessidade de investimentos em reformas nas unidades e ausência absoluta de investimentos públicos; e, i) absoluta falta de autonomia financeira e administrativa da entidade gestora, que, apesar de juridicamente possuir natureza de fundação pública, funciona, na prática, como um mero apêndice governamental. Enfim, o sistema padece, em resumo, de perniciosa interferência política e quase ausência absoluta de socioeducação.

Eis, portanto, um caso emblemático, que exige medidas estruturais complexas, de grande envergadura, que culmine, ao longo do tempo e das necessidades que forem se apresentando, com uma verdadeira alteração institucional na entidade gestora, de modo a que passe a funcionar de modo completamente diverso, a fim de que possa efetivamente, superados os vícios históricos, promover o fiel cumprimento das medidas socioeducativas em meio fechado, nos exatos termos da Lei nº 12.594/2012 (Lei do SINASE).

A situação posta é uma daquelas em que não se pode prescindir, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, de decisões que, a partir de vários atos concretos e de uma ampla e contínua reformulação institucional, determinem medidas estruturais que combatam as históricas ações e omissões inconstitucionais na gestão do sistema socioeducativo.

Vê-se, portanto, que os litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, em que estão presentes vários interesses concorrentes, de modo que a esfera jurídica de vários terceiros são atingidas pela decisão judicial (ARENHART, 2013, p. 394).

3.2. Requisitos, limites e a implementação das decisões estruturais

Outo aspecto importante é a constatação de que o sistema jurídico brasileiro permite a atores do sistema de justiça, como é o caso dos membros do Ministério Público, Juízes e Advogados, provocarem e manejarem decisões estruturais.

A bem da verdade, existem alguns requisitos para que se possa utilizar tais decisões, principalmente em face do Poder Público, de modo que



nem todos os sistemas jurídicos estão suficientemente maduros para lidar com medidas estruturais. Não é o caso do Brasil, já que possui um sistema jurídico e processual totalmente adequado para enfrentar tais problemas sociais e outorgar-lhes solução.

O primeiro requisito é que o sistema jurídico tenha amadurecido o suficiente para superar a visão liberal, extremamente rígida, da separação dos poderes, que, durante algum tempo, especialmente na França, proibiu o Poder Judiciário de interferir nos atos afetos a outros ramos do Poder Público. No Brasil, já não se questiona, diante da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de o Poder Judiciário, por exemplo, interferir em políticas públicas¹⁷ e exercer seu papel de guardião da Constituição, combatendo ações e omissões ilícitas dos demais poderes políticos.

Outro aspecto importante é que as medidas estruturais devem constituir o último recurso a ser utilizado, pois: “Quando outras medidas mais simples mostrarem-se adequadas, não haverá razão para as medidas estruturais, seja por sua complexidade, seja por seu custo, seja mesmo pelo caráter intrusivo que apresentar” (ARENHART, 2013, p. 397).

Outro aspecto por demais relevante é que o sistema jurídico deve permitir certa mitigação do princípio da demanda, principalmente na vertente do seu corolário mais importante: o postulado da necessária correspondência entre decisão e pedido. As decisões estruturais exigem providências flexíveis, supervisionadas pela autoridade, que possam ser modificadas à medida que contingências do caso concreto imponham.

Deste modo, a visão liberal do princípio da demanda, que limitava rigidamente, com base nos arts. 128 e 460, ambos do CPC, a atuação judicial e proibia, a qualquer custo, decisões estranhas ao pedido não convive com a dinâmica das medidas estruturais.

É certo que, simbolicamente, por muitos anos, o pedido funcionava, no Brasil, para o Juiz, como os trilhos funcionam para um trem, ou seja, se o *decisum* fugisse um só milímetro do *petitum*, o trem descarrilhava, isto é, a decisão era nula. Atualmente, não é mais assim, diante, por exemplo, do que

¹⁷ A primeira decisão do STF, verdadeiro leading case, foi a ADPF nº 45/DF, da lavra do Ministro Celso de Mello. A partir daí, várias decisões e acórdãos sedimentaram a possibilidade do controle excepcional de políticas públicas pelo Judiciário, sendo desnecessário citar os precedentes. Sérgio Cruz Arenhart chega a afirmar que já há: “...sedimentada orientação do STF brasileiro, admitindo que os atos de política pública possam ser controlados pelo Judiciário, especialmente em atenção aos direitos fundamentais” (ARENHART, 2013, p. 397).



dispõe o art. 84 do CDC e o art. 461, do CPC, que contribuíram decisivamente para mitigar a exigência de adstrição da decisão ao pedido.

Tais dispositivos, ao permitirem que o juiz determine, além da tutela específica, um resultado prático equivalente (princípio da maior coincidência possível) e quando (no parágrafo 5º de ambos os dispositivos legais) facultam ao juiz lançar mão, para o cumprimento da decisão, das "...medidas necessárias, tais como...", deixam explícita a flexibilização do postulado da demanda e o consequente aumento de poderes do juiz.

Diz-se que o pedido, em determinadas situações, passa a funcionar para o juiz como uma estrada, onde, apesar de existirem limites impostos pelo bem da vida tutelado (pedido mediato), o juiz tem alguma liberdade para determinar providências mais adequadas ao conflito, além de menos gravosas.

Sendo assim, ainda mais quando se está diante de tutela coletiva¹⁸, tem-se que esse requisito (flexibilização do princípio da demanda) também é atendido pelo sistema jurídico brasileiro, de modo que nada impede que venham à lume decisões estruturais, que, muitas vezes, precisam lidar com a necessidade de reestruturação da penosa e entediante burocracia estatal, não se admitindo decisões inflexíveis.

Tem que ser assim, pois é muito comum, nas medidas estruturais, a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas vão sendo resolvidos paulatinamente. É típico desses provimentos uma primeira decisão, mais genérica e abrangente, que fixa as linhas gerais e as diretrizes a serem obedecidas e, após, outras decisões para a solução de questões pontuais, o que pode se tornar uma ampla cadeia de decisões, muitas vezes a partir de técnicas de mediação e negociação, de modo que haja uma gradual implementação do direito (ARENHART, 2013, p. 400).

Assume, nas decisões estruturais, diante da maior latitude de poderes outorgados ao juiz para indicar as providências adequadas, papel muito importante o dever de justificação (motivação) da decisão, bem como a aplicação do princípio da colaboração entre as partes e o juiz, destacando-se, sobretudo, o dever de diálogo (acerca deste princípio, conferir: MITIDIERO, 2011, p. 149 e ss.). A motivação das decisões, importante fator de legitimidade destas, passa a ser o principal limite para as decisões estruturais.

O grande desafio das decisões estruturais, contudo, é sua implementação. A identificação das providências a serem realizadas e,

¹⁸ Acerca do assunto, conferir: BARROS, 2005, p. 25-43.



principalmente, a forma de concretizar tais deliberações não se afigura tarefa das mais fáceis, muito ao contrário, principalmente quando as violações são praticadas pelo Poder Público.

Assevera Ricardo Luis Lorenzetti que, algumas vezes, a ordem de cumprimento de medidas estruturais está dirigida à Administração Pública. Nesses casos, o juiz declara o direito, fixa a condenação e ordena a outro ramo do Poder Público a implementação, mas pode fazê-lo segundo um modelo orientado aos resultados ou aos procedimentos (LORENZETTI, 2010, p. 182).

Afirma, ademais, o mesmo autor argentino que: “En el primero [modelo orientado aos resultados] se respeta la discricionalidad própria de la administración en la definición de cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso, mientras que en lo segundo [modelo dirigido aos procedimentos] el Poder Judicial avanza y los define por si mismo” (*Op. cit.*, p. 182-183).

Algumas vezes, portanto, eventual *decisum* estrutural pode, através de uma espécie de diálogo interinstitucional, determinar, em respeito à separação de poderes, que o órgão incumbido do cumprimento apresente um planejamento e execute o mesmo, sob severa supervisão da autoridade judicial. Outras vezes, a depender das nuances do caso concreto, a autoridade incumbida da decisão judicial ou extrajudicial já pode antecipar, em maior ou menor grau, as medidas que deverão ser necessariamente adotadas¹⁹.

Um meio executivo que pode ser importante, apesar de dever ser utilizado com as cautelas devidas, é a intervenção judicial, prevista, no direito brasileiro, na Lei nº 12.529/11 (arts. 96 e 102 a 111). Para maior aprofundamento acerca da intervenção judicial, que não cabe no momento, sugere-se a leitura de: ARENHART, 2009, p. 811-826.

Eis, pois, os aspectos mais importantes sobre as decisões estruturais

¹⁹ Em interessante abordagem, leciona Arenhart, no que se refere às decisões judiciais, que: “Assim, pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira. Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional” (ARENHART, 2013, p. 401).



no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

3.3. O desafio do Ministério Público Social brasileiro em face das decisões estruturais

Resta, por fim, enfrentar um aspecto deveras importante: qual o papel do Ministério Público brasileiro diante da necessidade de construção de uma teoria constitucionalmente adequada para as decisões estruturais?

Haurindo o *Parquet* brasileiro sua posição de destaque atual no cenário jurídico e social do fato de assumir o perfil de um verdadeiro Ministério Público Social e sendo um de seus objetivos precípuos – e verdadeira condição para manutenção do seu atual *status* na sociedade brasileira – a necessidade de ampliação de sua legitimidade social, sem dúvida, um dos caminhos a serem percorridos é o do aprender e, ao mesmo tempo, ensinar a lidar com todos os problemas sociais que repercutem em direitos fundamentais.

Sendo assim, se é possível afirmar que o sistema jurídico ainda encontra enormes dificuldades para conviver com certas categorias de litígios coletivos, como os que exigem reformas estruturais e níveis altos de alteração institucional, não é menos certo que o Ministério Público brasileiro, e seus membros individualmente, devem assumir postura pró-ativa, identificando mecanismos e técnicas que permitam novos padrões decisórios para as chamadas medidas estruturais.

É uma verdade que salta aos olhos que, no Século XXI, os atores jurídicos, mas em especial o Ministério Público, não podem tratar amadoristicamente de questões tão tormentosas, que exigem novos padrões de conduta e, mais ainda, exigem formas de atuação nunca antes vistas no cenário jurídico e, mais ainda, no âmbito judiciário.

O tema concernente às decisões estruturais não pode mais ser solenemente ignorado, principalmente por quem assume a responsabilidade de, na condição de protagonista, promover a tutela coletiva dos direitos.

Chama a atenção o relato de Márcio Berclaz e Millen Castro:

O drama cotidiano mais aflitivo ao Promotor de Justiça não deriva da complexidade do seu trabalho, nem da carga de serviço judicial historicamente árdua, mas sim da frustrante sensação de não conseguir cumprir a contento as finalidades funcionais necessárias a uma interferência positiva na realidade social (tutela dos direitos coletivos e promoção de justiça social). (...). A própria instituição precisa promover reformas internas



para solucionar a 'crise de identidade' em que está mergulhada, consistente na dissonância entre seu perfil constitucional e a atuação prática de muitos de seus membros, sob pena de sua inércia contribuir para a redução da credibilidade de que goza junto à sociedade e, conseqüentemente, para a fragilização de sua legitimidade como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis" (BERCLAZ e CASTRO, 2013, p. 228).

Esta última reflexão oferece relevantes luzes para a resposta à indagação feita no início do presente tópico. O Ministério Público brasileiro, a partir do seu próprio modelo organizacional, deve assumir o desafio de contribuir com a tutela coletiva, engendrando técnicas que permitam níveis satisfatórios de resultados às decisões estruturais.

O tema ora tratado, por exemplo, internamente, deve ser objeto permanente das capacitações dos membros e servidores do Ministério Público. A instituição, a todo momento, por seu papel de realce na tutela coletiva, se depara com investigações as mais diversas, em variegadas áreas de atuação, que somente se resolvem se o problema for tratado como um todo, numa perspectiva macro, e se forem adotadas medidas profundas de reformas estruturais e alterações em instituições historicamente viciadas.

Quantas vezes Promotores de Justiça atuam pontualmente, nos limites de sua comarca, de questões que nada mais são do que conseqüências de problemas estruturais, às vezes de nível Estadual? Quantas vezes, por ser mais fácil, são atacadas pequenas conseqüências de grandes problemas sociais, os quais permanecem latentes, afligindo a muitas pessoas?

A capacitação dos integrantes da instituição é um primeiro passo para se tratar de problemas da envergadura dos ora tratados. É preciso mais. Se faz mister que o *Parquet* se organize internamente para que investigações desse jaez alcance resultados. É preciso uma atuação mais profissional na colheita de informação (atividades de inteligência, por que não?), nas perícias que subsidiam as atuações, na articulação entre os membros, no privilégio a atuações preventivas e, as mais das vezes, regionalizadas.

Em resumo, o Ministério Público Social Brasileiro, até pela sua expertise e a riqueza de problemas sociais que enfrenta no cotidiano, além de organizar-se internamente, tem a alta responsabilidade de contribuir com o Direito, revelando, a partir de seus conhecimentos teóricos e práticos, os principais aportes para que, enfim, se construa, no Brasil, uma teoria jurídica das decisões estruturais. Eis, pois, o grande desafio!



4 CONCLUSÃO

Em termos bem resumidos, conclui-se do presente trabalho que o Direito pátrio está a aguardar, com ansiedade, avanços na direção da construção de uma teoria das decisões estruturais, capaz de fazer face aos litígios de reforma estrutural ou institucional, que se apresentam, no Brasil, como um dos grandes desafios da tutela coletiva.

Por sua posição institucional, o Ministério Público não pode assistir passivamente as frustrações diuturnas advinda da dificuldade de lidar com tais problemas estruturais.

Deve, em verdade, tanto a partir de sua organização interna, como de suas posturas públicas e construções doutrinárias de seus membros, desvendar os meandros das decisões estruturais, contribuindo decisivamente para a construção de uma teoria jurídica, constitucionalmente adequada, para lidar com provimentos que envolvam graves problemas estruturais ou de alteração institucional.

Com isso, ganha o Ministério Público, por reforçar seu papel de defensor da sociedade, mas, sobretudo, ganha a sociedade em geral e o ideal constitucional de tutela efetiva de todos os direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social.** In: FARIAS, Christiano Chaves de et al (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____; PARISE, Elaine Martins. **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito.** In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coords.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica.** In: CIANCI, Mirna et al (Coords.). *Temas atuais das tutelas*



diferenciadas: estudos em homenagem a Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro.** In: Revista de Processo (RePro) n° 225. São Paulo: RT, nov., 2013.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **O Ministério Público Social e o controle de políticas públicas no Brasil.** In: Revista Pesquisas Jurídicas, vol. 1, n.1 – dez. 2012.

_____. **Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas.** In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Norte, ano 5, n. 6, jan./jun. 2005.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado:** Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BERCLAZ, Márcio Soares; Moura, Millen Castro Medeiros de. **Para onde caminha o Ministério Público?** Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade institucional. In: FARIAS, Christiano Chaves de et al (Orgs.). Temas atuais do Ministério Público. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais.** In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.



COSTA, Athayde Ribeiro. **O Ministério Público Resolutivo e a priorização da tutela jurídica preventiva**: o grupo de trabalho copa do mundo FIFA de 2014 da 5ª CCR/MPF. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas aprofundados do Ministério Público Federal. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil vol. 2**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. **A ação civil pública e os dilemas do Ministério Público agente político**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010.

_____; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional**. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ministério Público: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora de direito, 1998.

LLOBREGAT, José Garberí. **El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Barcelona: Editorial Bosch, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

_____. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: RT, 2009.

MASSIA, Ricardo Gralha. **A missão constitucional do Ministério Público Federal e sua efetivação no cotidiano**. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas aprofundados do Ministério Público Federal. Salvador: JusPODIVM, 2011.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. **Evolução constitucional do Ministério Público brasileiro**. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coords.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

PRICE, Jorge Eduardo Douglas. **La decisión judicial**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo**: a atual missão institucional. In: CONSELHO NACIONAL PROCURADORES-GERAIS. *Ministério Público: o pensamento institucional contemporâneo*. FGV, 2012.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima sexta edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

