

Revista
Acadêmica

Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região

ISSN: 2176-8935

Ano II
Janeiro-Junho 2011

nº 3

NESTA EDIÇÃO

Alysson Leandro Barbate Mascaro

Dimitri Dimoulis

Elival da Silva Ramos

Flávio Luiz Yarshell

Gilmar Ferreira Mendes

Hugo de Brito Machado

Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri

Maria Rita Ferragut

Paulo Ayres Barreto

Renato Lopes Becho

REVISTA ACADÊMICA DA EMAG
Número 3



ESCOLA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA
FEDERAL DA 3ª REGIÃO

1º SEMESTRE DE 2011



REVISTA ACADÊMICA

ANO II, Nº 3, JANEIRO - JUNHO DE 2011

CONSELHO EDITORIAL

Desembargadora Federal Salette Nascimento

Diretora da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região

Ricardo Ângelo Canale

Assessor da Diretora da EMAG

Breno de Cerqueira Leite Filho

Diretor de Subsecretaria da EMAG

Silvana Regina Guedes Simões

Diretora da Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas

MEMBROS DA DIRETORIA

Desembargador Federal Sérgio Nascimento

Desembargador Federal Nelton dos Santos

Desembargador Federal Luiz Stefanini

EQUIPE DA SEÇÃO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS

Clarice Michielan

Jornalista Responsável - MTB 23710

João Rodrigues de Jesus

Vera Lucia Emidio

Revisão

Jose Edgard Catão Neto

Maria José Lopes Leite

Wladimir Wagner Rodrigues

Projeto Gráfico

Claúdia Eliana Aguenta

José Carlos Marino

Colaboradores

www.trf3.jus.br/emag

E-mail: emag@trf3.jus.br

Telefones: (011) 3012-2050 e 3012-2051 - Fax: (011) 3012-2050

Esta revista não é comercializada.

Avenida Paulista, 1912 - 3º andar - Edifício Funcef Center

CEP 01310-924 - São Paulo - SP

IMPRESSÃO

Divisão de Serviços Gráficos do TRF3

DIAGRAMAÇÃO

Seção de Comunicação Visual - RCOV



JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD

Presidente

ANDRÉ NABARRETE NETO

Vice-Presidente

SUZANA DE CAMARGO GOMES

Corregedora Regional

DESEMBARGADORES FEDERAIS

MÁRCIO JOSÉ DE MORAES

DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI

PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA

MARLI MARQUES FERREIRA

RAMZA TARTUCE GOMES DA SILVA

MARIA SALETTE CAMARGO NASCIMENTO

NEWTON DE LUCCA

OTÁVIO PEIXOTO JÚNIOR

FÁBIO PRIETO DE SOUZA

CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES

THEREZINHA ASTOLPHI CAZERTA

MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR

NERY DA COSTA JÚNIOR

ALDA MARIA BASTO CAMINHA ANSALDI

LUIS CARLOS HIROKI MUTA

CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA

MARISA FERREIRA DOS SANTOS

LUÍS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO

PEDRO PAULO LAZARANO NETO

NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS

SÉRGIO DO NASCIMENTO

LEIDE POLO CARDOSO TRIVELATO

VERA LUCIA ROCHA SOUZA JUCOVSKY

REGINA HELENA COSTA

ANDRÉ CUSTÓDIO NEKATSCHALOW

NELSON BERNARDES DE SOUZA

WALTER DO AMARAL

LUIZ DE LIMA STEFANINI

LUÍS PAULO COTRIM GUIMARÃES

MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO

MARIANINA GALANTE

VESNA KOLMAR

ANTONIO CARLOS CEDENHO

MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA

JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA

FAUSTO MARTIN DE SANCTIS

APRESENTAÇÃO

Cumprimento os colegas, Desembargadores e Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul, no ensejo da apresentação da Revista Acadêmica n. 3 da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região – EMAG.

Honrada pela indicação para dirigir esta Escola, se me apresentou, de imediato, o desafio de manter o nível de excelência do trabalho desenvolvido pelos I. Desembargadores que me precederam, oportunidade em que os parabenizo.

Hoje as atribuições das Escolas de Magistrados são muitas e variadas, abrangendo desde a formação do juiz no início de carreira, até a sua especialização em nível de pós-graduação. A equipe da Escola tem procurado trabalhar em sintonia com os ditames do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Conselho da Justiça Federal – CJF e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

A EMAG, desde março de 2010, início desta gestão, realizou vários cursos de atualização em Processo Civil, Processo Penal, Previdenciário, Tributário, workshops de gestão, com a participação de eminentes conferencistas e professores brasileiros e estrangeiros.

Firmou esta Escola parcerias com prestigiosas instituições, tais como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, Escola de Direito do Brasil – EDB, Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal Antonio Scarance Fernandes – ASF, voltadas

ao intercâmbio de conhecimentos e aperfeiçoamento da EMAG. Foi, em cumprimento às metas do CJF, implementado o ensino a distância, viabilizando o acompanhamento dos cursos e palestras pelos magistrados e servidores das várias subseções judiciárias da Justiça Federal da 3ª Região.

Extremamente valiosas as sugestões dos colegas para o aprimoramento dos trabalhos.

A Revista Acadêmica, também disponível na forma eletrônica, está à disposição dos colegas para divulgação de sua produção científica.

Gostaria de agradecer a participação dos senhores Ministros, Desembargadores e Juízes que tanto prestigiaram a EMAG com sua presença e saber.



Salette Nascimento

DESEMBARGADORA FEDERAL

DIRETORA DA EMAG

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA FEDERAL
3ª REGIÃO

Edição nº 3

SUMÁRIO

- 13** O CONTEXTO SOCIOLÓGICO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL
Alysson Leandro Barbate Mascaro
- 37** ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. UMA VISÃO JUSPOSITIVA
Dimitri Dimoulis
- 59** SEGURANÇA JURÍDICA E EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE
Elival da Silva Ramos
- 85** NOVAS REFLEXÕES SOBRE A ASSIM DENOMINADA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
Flávio Luiz Yarshell
- 101** ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA
Gilmar Ferreira Mendes
- 125** RAZÕES DA CRIMINALIZAÇÃO DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO
Hugo de Brito Machado
- 153** *O MERCADOR DE VENEZA: A JUSTIÇA EM SHAKESPEARE*
Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri
- 167** RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
Maria Rita Ferragut
- 185** IMPOSTO SOBRE A RENDA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO
Paulo Ayres Barreto
- 203** DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIAS
Renato Lopes Becho

O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial

Palestra apresentada no curso “Segurança jurídica e discricionariedade
na atividade jurisdicional”, no auditório da EMAG, em 03/11/2010

ALYSSON LEANDRO BARBATE MASCARO*



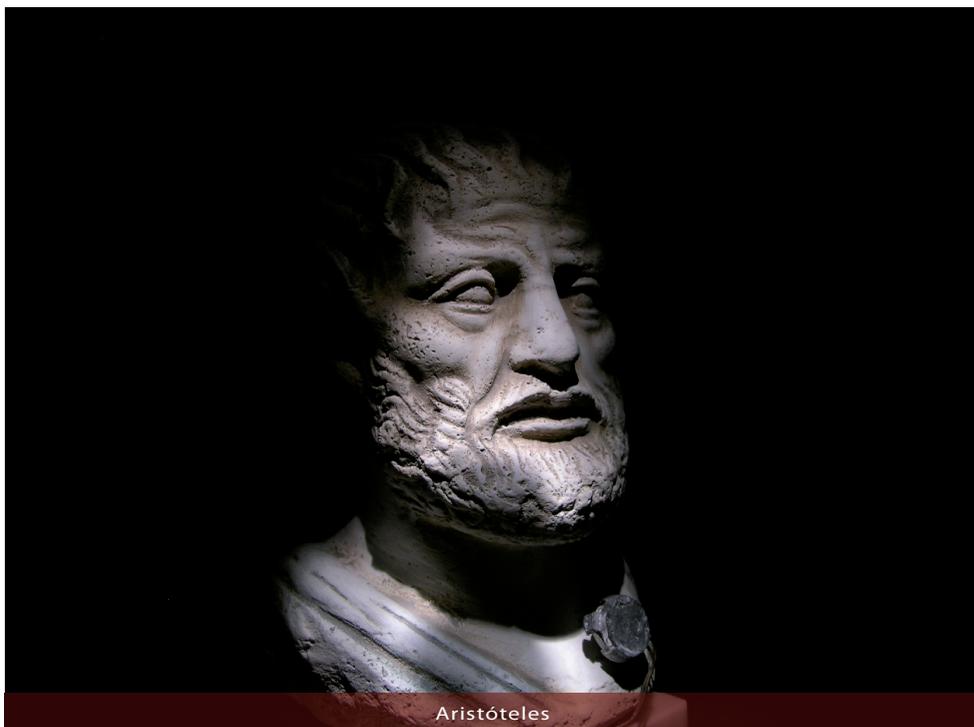
EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP.

Advogado e parecerista em São Paulo. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Membro do Conselho Pedagógico da Escola de Governo – USP.

O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial



O tema que vamos abordar diz respeito às questões sociológicas que deram base às considerações sobre segurança jurídica. Veremos como essa segurança jurídica se desenvolveu e se desenvolve hoje, sociologicamente, e como essa questão interfere na própria estrutura da decisão judicial. Veremos como se dá, portanto, esta relação que é ao mesmo tempo histórica e social – porque tem bases e lastros especificamente estruturados a partir de questões sociais, mas também tem pressupostos filosóficos, muito claros, no desenvolvimento dessa estrutura histórica.

A primeira grande questão que se nos incumbe lembrar é que, embora atualmente o tema da segurança jurídica seja funda-

mental ao próprio direito e a toda demanda que se espera do Poder Judiciário perante a sociedade, este não foi um dos elementos marcantes do direito no passado.

Hoje, segurança jurídica é, certamente, um dos nossos dísticos mais relevantes, naquilo que se espera do direito e da atividade judicial. No passado, não. Este contraste para nós é muito importante, porque tendemos a considerar, de início, o valor da segurança jurídica como um valor inflexível, um valor necessário, e pensamos que em toda a história o direito se valeu deste referencial como base da sua própria consolidação, como valor fundamental da sua própria estrutura. Assim não o foi. Em primeiro lugar, porque, se hoje nós pensamos em decisão jurídica a partir do Poder Judiciário, a própria história do direito conhece o Poder Judiciário apenas no momento recente da sua evolução.

Durante muito tempo, séculos e milênios, houve julgamentos, tivemos muitas vezes magistrados, juízes, mas não necessariamente tivemos um Poder Judiciário estruturado como um dos poderes do Estado e um juiz constituído naquele momento como figura operadora de julgamento, investido de competência formal suficiente para ter inclusive um critério legal de julgamento. Isso nós não temos em toda a nossa história. Muito pelo contrário, durante muitos momentos da evolução histórica, houve demandas para que os juízes julgassem de acordo com outras referências que não fossem a da própria segurança jurídica. Para começarmos esta nossa reflexão e vermos o quanto o tema da segurança jurídica de fato é plurívoco e candente para uma reflexão filosófica e sociológica, tomemos como exemplo o direito romano e seus julgamentos.

Em Roma, costuma-se identificar uma figura judiciária à qual se diz ser o protótipo do juiz moderno: o pretor, fundamental já à República romana. Dentre suas variadas espécies, os pretores peregrinos, homens que andavam por toda a Roma, eram aqueles responsáveis pela realização dos julgamentos dentro do direito romano. A figura do pretor peregrino, aquele que, mais próximo de ritos mágicos que de ritos formais estatais, perambulando, resolvia e decidia casos, para nós é uma entidade muito peculiar, que revela uma distinta e antiga maneira de entender os próprios



valores do direito, do direito antigo, portanto da estrutura social daquele tempo. Um pretor peregrino era um homem que julgava casos porque era sábio. Sua sabedoria era um ponto relevante para que o reconhecessem então como apto a realizar um julgamento, para que fosse juiz. Sabedoria, no caso dos antigos, ao contrário da nossa forma de conhecimento do direito moderno e contemporâneo, era uma forma de olhar, mensurar, avaliar e, depois, julgar diretamente os casos concretos.

Um pretor peregrino em Roma, o protótipo de juiz romano, era aquele que observava um caso, entendia as circunstâncias daquele caso e, a partir daquele momento, determinava que, para tal caso, tal é a melhor solução, tal é a melhor decisão. Poderia haver outros casos muito similares a esse, no entanto, talvez o mesmo encaminhamento para um outro caso similar não fosse tão útil, tão ajustável, tão importante para uma determinada circunstância, em face do julgamento anterior. Por isso, os romanos consideravam que o direito era uma arte de julgamento. *“Jus est ars boni et aequi”*, o direito é a arte do bem e da equidade, esta foi a velha definição do Digesto romano a respeito da sua própria atividade, da sua própria confecção do direito, do direito como um artesanato. Aqui cabe mais uma questão: a compreensão do direito como arte encaminha também uma outra definição dentro do preceito *“jus est ars boni et aequi”*. O direito é a arte do bem, propondo-se, então, a fazer alguma coisa no sentido moral e do justo, pois é também a arte da equidade. E a equidade, para os romanos, é tomada no sentido grego, advinda daquele que é um dos maiores referenciais do pensamento jurídico de toda a história, Aristóteles.

Para Aristóteles, o julgamento devia ser constituído em cada caso observando diretamente as suas circunstâncias, ou seja, tendo a dimensão, em cada momento, em cada situação, daquilo que era específico a essas circunstâncias. Ou seja, há duas pessoas em demanda que parecem ter um caso igual a duas outras pessoas em demanda, mas, ao final das contas, cada caso tem uma dimensão específica. Dois homens ricos e poderosos demandando por uma mesma questão que outros dois frágeis, o julgamento do juiz não é igual nesses dois casos. É preciso atentar aqui à própria ideia

de equidade, ou seja, de observar cada caso concreto e adaptar-se à especificidade deste caso concreto. Portanto, para a velha tradição grega de Aristóteles e para a tradição romana, que é posterior à grega – Aristóteles está quatrocentos anos antes de Cristo, a tradição romana ainda está no seu apogeu ao tempo de Cristo, o Digesto é de séculos depois de Cristo –, esta tradição greco-romana deposita, na forma de constituir o direito, um valor mais alto na equidade, quero dizer, no olhar a cada caso. Tanto assim que existe uma palavra que identifica julgamento e que vem da tradição romana, que está até os dias de hoje nos nossos ouvidos: “jurisprudência”. Nela, a “prudência”, que é aqui o termo romano que pode se equivar à equidade dos próprios gregos. A palavra “prudência” ficou na nossa memória, inclusive em língua portuguesa, como sendo algo que nos ensina, em uma certa circunstância, a observar algum dado com calma, com um certo cuidado. Então, diz-se que alguém é prudente porque não chega diretamente fazendo o que quer, a qualquer momento, conforme o que pensa. O prudente escuta, ouve, raciocina, reflete. No conceito de prudência de uso atual, que ficou no nosso sentido vulgar, comum, a palavra nos lembra a ideia de uma dimensão do cuidado do pensamento prévia à própria ação. Esta equidade dos antigos, esta prudência dos próprios romanos, era justamente o olhar de cada caso, a reflexão que se fizesse a cada caso e a cada circunstância.

Portanto, muito mais do que a segurança jurídica, a história passada do direito se constitui enquanto história da reflexão a respeito de uma busca direta do justo: esse acercar-se do justo, muitas vezes, passa por cima da segurança, tomada como repetição de decisões. Em busca de uma condição de avaliação justa de um determinado caso, é possível quebrarmos uma conclusão que já tiramos e chegarmos a uma outra forma de reflexão. Se nós aqui nos deparássemos com a velha reflexão jurídica dos gregos e dos romanos e perguntássemos, a respeito de segurança e justiça, qual dos dois institutos é mais alto, com certeza esse direito do passado levantaria a opção da justiça como sendo muito mais alta do que a própria opção da segurança. Entre nós, nos tempos contemporâneos, esta resposta não seria a mesma. Entre a justiça de cada caso e a



resposta universal a todos os casos, sabemos que o mundo moderno e contemporâneo prefere uma resposta universalizável, que nos leve, portanto, à própria segurança como garantia de repetição.

Esta forma peculiar de preferir a justiça à segurança se dá no passado, havendo uma explicação para lá termos tal estrutura muito própria do afazer jurídico. As sociedades antigas eram estruturadas numa forma de organização social dependente na maior parte das vezes da própria força dos que as sustentavam e dominavam. Costumamos chamar isso de escravagismo: trata-se do modo de produção escravagista. O povo romano domina outros povos não é porque algum direito lhe deu poderes para isso; é porque tem força, e, quando perde a força, perde o próprio domínio. Ou seja, a própria condição de julgar está suspensa numa hipótese que é a força direta. Porque tenho força, julgo. Porque o outro não tem força, é julgado. Esta não é uma condição estabelecida formalmente. O poder de julgar não é uma condição canonicamente dada de tal modo que alguém, mesmo perdendo a força, mantenha o poder, sustentado por normas. Perdida a força, perdida a possibilidade do julgamento, perdido o poder de julgar. Portanto, aqui, temos uma condição pela qual aquilo que faz o julgamento é variável, é circunstancial, é conforme a própria condição de poder. Por isso, o julgamento antigo não era um juízo que buscasse segurança, buscava ou a sabedoria ou o melhor interesse circunstancial em favor daquela própria constituição do poder que realiza o julgado. Ao se reconhecer como sábio porque julga bem, tem-se uma condição suficiente para o julgamento, mas a possibilidade de pairar sobre aquele que se julga é assentada em fatores que não são formais. Porque as circunstâncias históricas são muito variáveis, não se repetem julgamentos de outros.

Começa-se a identificar um germe de valoração de segurança jurídica a partir da Idade Média, porque nesse momento muda a circunstância da estrutura social e inclusive do pensamento jurídico. Ao invés de povos escravagistas temos, agora, povos em feudalismo. A estrutura do feudalismo é muito distinta da estrutura do escravagismo. Neste, um povo pode nascer senhor e morrer escravo, um povo pode nascer escravo e morrer senhor. O povo

hebreu na Bíblia, aliás, é um exemplo disso. Ao tempo de Moisés, hebreus eram escravos de egípcios; ao final da vida de Moisés, tornaram-se um povo livre. Portanto, tinham lá uma condição totalmente distinta daquela que foi a sua sorte inicial nesta série de relações. O feudalismo é distinto; é um regime social bastante estável, porque não depende imediatamente da força, mas, essencialmente, depende da posse dos meios de produção, da posse da terra. Aquele que detém a posse da terra lega este domínio ao seu filho, ao seu neto, e assim sucessivamente. Servo é filho de servo, e seu filho também será servo. O poder de julgar está assentado numa estabilidade previsível. Julga o senhor, é julgado o servo. Numa condição como essa, começa a haver, pela primeira vez, uma espécie de valoração positiva da constância do julgamento ou da constância de um certo valor que dá base à organização do juízo de valor. Isto se dá na Idade Média, inclusive, com o advento do cristianismo.

A constituição do cristianismo enseja a possibilidade de considerar que alguns valores tomem-se por referenciais e sejam reputados eternos. Por muitos séculos, o padrão que está na base do pensamento de Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e de toda tradição da reflexão cristã, inclusive nos encaminhamentos sobre o direito, é o de uma busca de determinados critérios de julgamento que sejam considerados eternos, inflexíveis. Inclusive porque a sua inspiração é divina e este Deus a princípio seria imutável, daí a vontade de julgar conforme uma régua eterna. E disso ainda resulta um resquício, de lá até hoje no mundo ocidental, de que questões que envolvam moral – e moral aqui quase no campo do comportamento individual, religioso –, essas questões têm uma tábua de valores que é inflexível. Um dos pontos dos quais mais se reitera uma espécie de segurança na hora de compreender valores para dentro do direito é no campo dos comportamentos, inclusive da moral social e individual. Isto é um resquício da religião. A religião congela e consolida um determinado padrão de valor e a partir daí a sociedade deve interagir com um pressuposto de imutabilidade. De lá até hoje, eu diria que um dos pontos de maior segurança jurídica se revela quase sempre nessas questões dos valores morais da



própria sociedade. Questões econômicas podem até ser variáveis, questões do trato da relação capital e trabalho refletem luta, questões da organização do Poder Judiciário são simplesmente de quase convenção, mas questões morais, elas perseveram nessa própria lógica medieval, de uma segurança de repetição estreita por conta de uma pretensa imutabilidade de valores.

A Idade Média já começa a ter por valor a segurança. Ocorre que o que ela não tem ainda é uma segurança estruturada de modo jurídico. A segurança que tem é muito mais vinculada à sua própria estrutura social. Um tem tudo, e este um que tem tudo, o senhor feudal, é quem dá sempre a pauta de qualquer organização social. Todos os servos se subordinam a um só senhor. Tal subordinação também tem muito mais lastro na própria estrutura religiosa da Idade Média do que em estruturas jurídicas. Tanto assim que, no pós-medieval, revela-se o contraste entre segurança como repetição de valores morais e segurança como repetição de conteúdos a partir de uma forma estabilizada.

Quando se começa a conhecer o Estado tomado pela sua figura e sua organização institucional dos tempos modernos e contemporâneos, o modelo deste fenômeno político moderno já chama a si o monopólio da violência, chamando a si, também, o monopólio das decisões. Portanto, é o Estado que dá a ordem e a estrutura normativa, sendo o mesmo Estado que começa a fazer o julgamento daquilo que ele próprio organizou em termos normativos. O Estado moderno vai se constituindo como uma figura próxima do nosso Estado dos dias de hoje: já se estrutura como o atual, começa a ter, portanto, um corpo especializado de juizes, ainda que incipiente e dependente da vontade absoluta do rei. No entanto, este corpo de juizes, que já tem uma estrutura de uma organização formal de competência nos próprios julgamentos, uma cultura de processo, ainda não tem a âncora fundamental da segurança jurídica.

É verdade que a modernidade já tem uma espécie de desenvolvimento de um Poder Judiciário, mas não tem ainda o lastro da segurança jurídica. Na Idade Moderna já surge uma estrutura social de tipo capitalista, um modo de produção social que já tem determinadas relações que são muito próximas das nossas hoje. O

que ocorre é que esta sociedade moderna ainda é, de algum modo, fundada na base de estamentos. Esta matriz estamental institui uma certa organização social calcada em privilégios. Alguns julgam porque podem em razão não de competências formais normativas impessoais, mas porque foram investidos em privilégios. Então, o rei absolutista pode tudo e julga conforme o que quer. Ele é o Estado, julga, mas não se obriga a julgar conforme a história preterita de seus próprios julgamentos. Não tem sistemática, não tem coerência no seu julgamento. Um rei pode olhar para os súditos e dizer, “a você dou o beneplácito de estar vivo”, “a você outro que fez a mesma coisa que aquele anterior, a quem deixei vivo, quero que morra”. São duas decisões totalmente contraditórias dadas por um mesmo rei absolutista. Mas a teoria do absolutismo é a de que o rei tudo pode, porque essa sua vontade, no fundo, emanaria do próprio poder divino. Todo poder nasce de Deus e todo poder é delegado de Deus ao rei. Então, o rei pode tudo. Isto já é decisão estatal, tecnicamente isto já pode até ser chamado de decisão jurídica. E se o rei constitui um corpo de juízes na Idade Moderna, poderia até se chamar isto de decisão judiciária, tomando aqui, no sentido amplo, tal expressão. No entanto, a decisão do rei e do Estado e o julgamento judiciário, na Idade Moderna, são decisões ainda dependentes de algo circunstancial, conforme a própria vontade e deliberação do poder que procede ao julgamento.

Quanto à Idade Moderna, não se pode dizer, pois, que a segurança jurídica seja um valor fundamental. Tem-se na Idade Moderna – e isso na história vem desde a Idade Média, mas vai se refinando e se transformando na Idade Moderna – uma espécie de consolidação lenta e paulatina de conteúdos que se reputam fundamentais para a segurança jurídica. Conteúdos. A Idade Média desenvolveu uma reflexão a respeito de determinados valores que seriam necessários e imutáveis para a própria avaliação da sociedade, dos indivíduos a respeito de sua posição. Foi o chamado direito natural medieval. Deus daria um rol de normas, estas normas seriam consideradas inflexíveis e, portanto, aí haveria uma orientação no que diz respeito ao conteúdo da nossa avaliação fundamental para os julgamentos.

A Idade Moderna ainda carrega esta inspiração medieval,



mas procede a uma transformação desses conteúdos. Em ascensão nesse próprio período, a classe burguesa, durante a Idade Moderna, põe-se a descartar um conteúdo que remonta ao medieval, um conteúdo para o direito que estivesse legitimado pela vontade divina, e começa a dizer que qualquer conteúdo que devesse valer para os julgamentos na sociedade deveria vir da razão, aqui tomada no sentido moderno. Os modernos, ao contrário dos demais da história, escrevem razão com “R” maiúsculo: razão é só a deles, a que concorda com seus preceitos, portanto é só um certo tipo de razão que se reconhece como tal, e esta razão estaria estruturada em alguns eixos específicos.

Na simbólica revolução burguesa moderna, a Revolução Francesa, inscrevem-se, dentre os seus lemas, liberdade e igualdade. Trata-se de uma luta pela estabilização de conteúdos. A liberdade é dos contratos, fundamental para a atividade da classe burguesa, o que se constitui no princípio jurídico da autonomia da vontade. A igualdade é, perante a lei, isonomia. E, além disso, anteriormente Locke já o dizia, de todos os princípios que se possam pensar a respeito do direito natural, o mais importante de todos é o de propriedade privada, o poder ter para si e este ter para si não depender dos demais, conquanto exigência de dividir ou manter esta mesma propriedade.

Esta organização dos modernos começa por dizer que determinados valores – conteúdos – eram fundamentais enquanto esteios da segurança jurídica. Um juiz era justo, um Estado era bom, um governante era adequado, quando atentavam todos eles a esses conteúdos. E observamos, na modernidade, que toda preocupação que aí se desenvolve era de uma classe que estava fora do Estado: a burguesia queria determinados conteúdos, mas não tinha a forma sob seu poder. Não tinha nas mãos a estrutura estatal suficiente para garantir este mesmo desejo de afirmar determinados temas ou determinados conteúdos.

Quando é que se dá o casamento de forma com conteúdo? Com as revoluções liberais, no século XVIII, algumas no século XIX. A Revolução Francesa, que se iniciou em 1789, é um dos seus exemplos marcantes. Neste momento, a velha demanda apresen-

tada na sociedade por conteúdos seguros, por valores que não mudariam, encontra-se e une-se, aqui, com a própria forma estatal que possa garantir esses mesmos conteúdos. Se na Idade Antiga a segurança jurídica não era a preocupação do jurista – a sociedade escravagista era uma sociedade de força e força muito variável, uma dinâmica aqui de força muito peculiar –, na Idade Média e na Idade Moderna já se tem um desenvolvimento da segurança jurídica, enquanto segurança dos conteúdos. Embora variáveis esses conteúdos – a Idade Média tem alguns que são religiosos, a Idade Moderna tem outros que são de uma racionalidade individualista moderna –, já se levanta uma petição por segurança ao nível do conteúdo. Com as revoluções liberais burguesas, dá-se o casamento de conteúdo com forma. A maior dificuldade do jurista moderno – como também a do medieval – foi construir a possibilidade de uma demonstração, para todos os indivíduos, de um conteúdo universal. A universalidade do conteúdo não se controla nem se impõe à mente de todos os juízes e soberanos. Como é que todos os juízes julgariam do mesmo modo e como é que todos teriam os mesmos valores? Alguns até tentaram construir modelos com esses encaaminhamentos. Mas como mostrar a possibilidade de uma axiologia universal, de uma construção universal de valores? É algo difícil. Por isso, chega-se a uma etapa em que se abandona a própria reflexão a respeito dos conteúdos.

A partir das revoluções do século XVIII, a contemporaneidade começa a decantar um outro modo de pensamento a respeito de segurança, que não é mais pelo conteúdo – embora não se esteja descartando o conteúdo, pois quase sempre o que vai se construir garantirá o mesmo conteúdo desejado pela burguesia moderna. Algumas vezes tal conteúdo poderá variar, mas, em geral, a variação é exceção. A regra é manter o conteúdo. Mas não é mais pelo conteúdo que se constrói a segurança jurídica. Esta passa a ser construída, a partir do século XIX, pela forma, que, aqui, é a forma estatal. É tal forma estatal que garante, portanto, uma decisão jurídica segura, não porque necessariamente um juiz pensa igual ao outro, mas porque existe uma engrenagem na própria estrutura dos julgamentos pela qual só julga quem tem competência advinda



de normas. Tais competências, distribuídas a muitas pessoas, a muitos juízes, também têm uma estrutura, permitem a sua avaliação inclusive por meio de filtros, realizando uma espécie de depuração dessas mesmas decisões, porque há tribunais superiores que garantem, ao menos, alguma posterior unificação de sentidos dessas decisões individuais. O Estado contemporâneo começa a desenvolver, portanto, a forma do direito como o elemento fundamental da estrutura jurídica.

Ancorando-se na forma, o direito contemporâneo terá, no papel do positivismo jurídico, um dos pontos relevantíssimos da sua própria afirmação. O positivismo jurídico é a grande bandeira que se levanta em toda a Idade Contemporânea para a garantia da própria segurança jurídica, já que não foi possível tratá-la, historicamente, limitada apenas ao plano dos conteúdos. Tomando-se pelo menos a datação da revolução burguesa na França como um dos seus marcos de referência, isto é, desde 1800, nesses duzentos anos de junção de forma e conteúdo, até os dias de hoje, desenvolveu-se uma história muito contraditória e conflituosa quanto à segurança jurídica. A partir da pujança da forma, pode-se levar o direito a um extremo distinto daquele haurido do conteúdo único e invariável, típico dos medievais e modernos. Os contemporâneos têm por seu extremo a equivalência da segurança jurídica à segurança da organização institucional, limitando-se, portanto, à competência formalmente dada ao Poder Judiciário. As normas jurídicas que dão essa competência dariam a diretriz das ações legitimadas e, inclusive, dos julgamentos. Tais são as normas. O juiz é somente a boca da norma; ele só dirá aquilo que a norma falar.

Muitas vezes no século XIX, e em especial no século XX, a forma como horizonte levou o direito ao extremo. Disso resulta o papel da aparelhagem jurídica em tragédias históricas como, por exemplo, as do próprio fascismo e do nazismo. O juiz fala a norma, o juiz é a boca que fala a norma, e esta boca que fala a norma fala a norma nazista. Então, nós temos segurança: o que o Estado determina, o juiz cumpre. É uma cadeia, é uma rede de consequências muito bem postas e estabelecidas, nas quais nenhuma engrenagem falha, todas as peças estão bem colocadas. Mas,

no extremo, tal associação direta do juiz à norma estatal pela forma pode redundar no próprio nazismo, pois o limite da segurança jurídica se identifica à vontade do Estado. O Estado constitui um aparato que corresponde a este automatismo que, se não é totalmente obtido na prática, é, pelo menos, desejado quase sempre. O transplantar automático da própria normatividade para o plano do Poder Judiciário constitui o desejo de segurança jurídica pelo uso da mesma estrutura legal em todos os campos do Estado. Esta foi a realidade jurídica vivida no século XX.

Ocorre que, embora a segurança jurídica, como forma, seja reputada valor fundamental da reprodução social contemporânea, a maioria dos juristas se incomoda com uma construção limitada à imposição de uma pretensa automática vontade normativa estatal. Não é da tradição do jurista dizer que defende a forma como segurança jurídica e ponto final. No seu discurso de humanismo, o jurista sempre diz defender a segurança jurídica, mas tentando empreender uma espécie de busca de valores justos, uma espécie de reflexão de cada caso concreto. Quase nunca se compra o pacote da segurança jurídica tal e qual, compra-se segurança jurídica com mais alguma coisa. Então, em muitos momentos, esse “mais alguma coisa” é uma espécie de pura ilusão do jurista. Sou um homem justo, porque sigo as leis do Estado: como meu Estado é democrático, defende a cidadania, então, seguindo as leis, sou cidadão. Para evitar o constrangimento com um puro juspositivismo da segurança jurídica, parece confortável ideologicamente querer enxergar, nas próprias instâncias do Estado e nas próprias normas jurídicas, os bons valores do mundo. Neste argumento, o respeito à forma dá a ética do conteúdo. Mas em momentos como os de ditadura, a possibilidade de emendar um valor no outro fica difícil de ser consolidada, porque rompe-se necessariamente a possibilidade de extrair segurança jurídica e valor de justiça do direito positivo, conforme o sonho que permitiria somar tranquilamente, à norma, a cidadania, a democracia ou a justiça social.

Existem, eu diria, dois modos de observar a reflexão a respeito de segurança jurídica e dar um passo para além desta imediata associação entre forma e conteúdo, avançando para além da



análise do direito como sendo simplesmente um prisma que deva olhar apenas para a segurança jurídica formal como seu mais alto valor. O primeiro dos dois modos de desmontar esta mesma estrutura é uma espécie de agir interno, observando as próprias possibilidades normativas do direito e reconhecendo que o direito não é simplesmente um procedimento de subsunção de norma a fato concreto, dando sentenças. Com isso, rompe-se com a ideia de que o direito retira sua segurança de uma técnica que se reputa imparcial. Este processo interno, nos dias de hoje, talvez seja um dos mais ricos para se pensar diferentemente o direito. Trata-se de observar, dentro do afazer jurídico, que não há simplesmente uma ação autômata que ligue pontas a pontas, imparcial ou tecnicamente, como se fosse uma orientação em linha reta entre dois pontos, na qual o jurista e o juiz, necessariamente, têm que chegar à mesma resposta.

A valoração cada vez maior, inclusive, dos princípios na realidade contemporânea, nos demonstra que esta possibilidade de reflexão sobre as normas jurídicas é variável. A interpretação não é um ponto que necessariamente se liga a outro por meio de uma linha reta. Existem possibilidades de reflexão. Existem princípios, eles podem ser ponderados. Pode-se construir uma solução mais especificada partindo das mesmas instituições normativas e principiológicas gerais. Os pós-positivistas, que denomino de “juspositivistas éticos”, ensejam a possibilidade de pensar o direito por um ângulo muito mais amplo do que simplesmente o da imediata afirmação de que todo juiz fala o que a norma diz, como se esta dissesse algo único por si só. Esta desconstrução da pretensa segurança da técnica normativa automática se faz em termos de principiologia, lastreada nos valores que estão permeando a própria estrutura do direito. Portanto, existe uma reflexão interna da própria teoria do direito, que é fundamental para entendermos que a segurança jurídica não é um dado a que o Judiciário alcance praticando um ofício que parece ser deixado à inércia, sob os auspícios da forma normativa. Será que as normas, se apresentando, falam imediatamente na boca do jurista e, portanto, basta o jurista ser um robô que, automaticamente, a segurança jurídica está pronta? O controle dos jul-

gamentos e da aplicação da norma não é algo que se dê nesse nível.

Além da crítica principiológica à segurança jurídica lastreada no juspositivismo, construída internamente à atividade do jurista, há outra, que se constrói mergulhando o fenômeno jurídico na totalidade. No que diz respeito à segurança jurídica, esta maneira de darmos um passo adiante é uma espécie de crítica externa à própria atividade do direito. Houve grandes teóricos, em todo o século XIX e, em especial, no século XX, que desmontam a possibilidade de dizer que o direito é uma fala imediata e meramente técnica, lastreada em normas jurídicas, que daí retire a segurança jurídica. Além do desmontar interno de que um juiz não faz de modo necessariamente formal a sua constituição da sentença e da decisão, existe, ao mesmo tempo, uma reflexão que é externa e maior: o que permite e leva o Estado a instituir normas, impondo determinadas direções, erigindo certos princípios e buscando mantê-los? Aqui começa a reflexão que desmonta inclusive a possibilidade de entender como óbvia a relação entre forma estatal, segurança jurídica e valores.

Entendamos, por meio de reflexões que levam à compreensão do direito e do Poder Judiciário a partir de estruturas sociais, que o próprio Estado não é uma vontade autônoma que determine olímpicamente o que é a norma jurídica e, a partir daí, toda a máquina do Poder Judiciário opere automaticamente esta mesma orientação normativa que o Estado assim impôs, garantindo um valor social puro. Não se pode tomar o Estado apenas após o momento em que fala a norma. O Estado está numa dinâmica de estrutura social com a própria sociedade que o sustenta e com a qual se relaciona. No limite extremo, são relações sociais concretas que engendram as relações estatais, e não o contrário. Em momentos extremos, isso fica muito claro. O Tribunal de Nuremberg foi um desses casos: dada uma tal mudança das estruturas das condições sociais, por conta de guerra, leva-se a ter que mudar os próprios padrões de legalidade a partir dos quais se dão os julgamentos. O direito não punia previamente o nazismo, mas o sentimento do mundo, a partir dos vencedores da guerra, assim o exigia.

Por razões extrajurídicas e extraestatais, mudam-se as



matrizes de julgamento fundamentais de um certo tempo: grandes problemas econômicos, que não encontram respaldo naquela velha forma de organização da própria Constituição, quebram as estruturas do direito positivo. Em geral, momentos como esses revelam ou constroem novas formas de decisão, novos modelos, tanto no plano formal como no plano do conteúdo, que vêm abalar essa estrutura jurídica já estabelecida. Ou seja, por conta de determinações econômicas, de guerra ou de outras relações sociais de repercussão estrutural, muitas vezes até mesmo culturais e religiosas, o Estado quebra sua estrutura de legalidade. A partir desse momento, a velha segurança jurídica, que sustentava a manutenção de uma referência somente do direito, e não da sociedade, é quebrada pelo próprio Estado. Quebra-se a segurança jurídica extraída da forma normativa estatal, em garantia de uma certa segurança da reprodução social.

Toma-se segurança, aqui, não como um dado estático. Segurança é uma construção dinâmica e social. A partir de certas estruturas e relações de poder, a partir do conflito de classes, a partir das circunstâncias de grupos sociais, a sociedade demandará variados valores de segurança. E nesse momento, muitas vezes, a segurança jurídica pode se revelar oposta a determinadas referências de segurança social. É possível encontrar circunstâncias de conflito entre valores jurídicos e sociais, e, em tais momentos, vislumbra-se que a segurança jurídica não se sustenta quando apenas amparada pelo Estado ou pelas suas instituições normativas. O Estado garante a segurança jurídica em ocasiões normais, sustentando o ritmo tradicional da reprodução social, sem muitos abalos estruturais da sociedade, no dia a dia. Para essas questões que não representam abalos candentes nas estruturas da própria dinâmica social, aí sim o que garante a segurança jurídica é a própria previsão normativa do Estado, quase sempre aplicada diretamente pelo Poder Judiciário. Nesse momento, a segurança jurídica está atrelada à norma, está atrelada à própria estrutura do direito positivo. Mas é preciso lembrar que, em muitos momentos, há circunstâncias, discussões ou pontos de ruptura extremos no seio dessas estruturas. No ano de 2010, a Argentina possibilitou que casais

homossexuais constituíssem uma família no nível de casamento. Assim que esta norma jurídica foi promulgada pelo país vizinho, no outro dia, pela manhã, uma juíza argentina declarou que, enquanto fosse juíza, passaria por cima desta norma: não julgaria conforme a norma do Estado porque o seu dever moral é ainda preservar a família conforme os valores cristãos.

Percebe-se, em exemplos como esse, os fios desencapados da segurança jurídica: certas estruturas sociais representam uma ordem cuja segurança, nesse caso, é moral. A segurança jurídica busca seu alimento em dados externos: a economia capitalista, a moral média. Do embate entre um avanço jurídico normativo contra uma estrutura moral estabelecida, não se pode saber, previamente, quem prevalece. Não se trata de dizer que as determinações normativas ganham, geralmente, da moral, da economia ou da cultura. A prevalência de uma segurança jurídica, lastreada no direito positivo, depende do caso, do tempo, das circunstâncias e do tipo de reprodução das forças da sociedade. Mas percebe-se aqui que existe um fio desencapado entre uma certa segurança jurídica – a norma do Estado determina a possibilidade do casamento entre homossexuais no caso da Argentina – e uma estrutura social cuja segurança não é jurídica – o que se espera aqui é uma segurança de valores moralmente estabelecidos, ou seja, a sociedade considera que determinados valores são sólidos e não podem ser mudados.

Analisando-se o caso sem fazer juízo axiológico, ou seja, sem considerar se são bons ou ruins esses modos de conservação dos valores, o que importa é que pode haver uma certa segurança moral, cultural ou econômica da sociedade que venha a se confrontar com uma segurança jurídica. Em muitos casos é preciso que nós entendamos que o direito tem força para quebrar determinados costumes morais da sociedade. O divórcio foi um desses casos. Embora uma pressão violenta de grupos sociais para impossibilitar a lei do divórcio, ele se apresenta na realidade do Brasil e até hoje sua instituição dá estrutura às relações sociais, dá segurança jurídica, na medida em que dá a possibilidade de que os casais calculem e planejem inclusive o rompimento matrimonial – o divórcio é uma variável já calculável no casamento. O direito, contra uma



moral média conservadora, respalda uma segurança jurídica que dá previsibilidade tanto ao contrato do casamento quanto ao seu perecimento.

Mas, se a segurança jurídica se garante contra determinados imobilismos sociais, culturais e econômicos, em outros casos isto não se dá necessariamente. Veem-se várias circunstâncias nas quais o direito e sua segurança jurídica apresentam menos poder quando observados num confronto com as próprias estruturas sociais. O poder da segurança jurídica contra uma segurança da reprodução social é mais visível no caso dos costumes. A sociedade moderna já tem o condão de, em algumas circunstâncias, passar por cima de determinados costumes, inclusive porque, no Brasil, há mais de um século, o caráter republicano também é um caráter laico, liberando parcialmente a forma de organização dos conteúdos jurídicos. Ou seja, podem-se prever normas que sejam distintas daquilo que se apresente como senso comum de determinados grupos religiosos ou culturais. O Estado não tem necessariamente que atentar em favor desses grupos, pode dar uma outra pauta de pressupostos de conteúdo. No entanto, um dos grandes momentos de tragédia desta afirmação da segurança normativo-institucional ou estatal, quando em confronto com as circunstâncias de uma certa segurança social, se dá, em especial, no nível econômico. Os avanços dos direitos sociais, os avanços de formas de organização da sociedade que deem poder às minorias, que deem poder ao trabalhador, que consigam construir uma dinâmica inclusiva na organização econômica da sociedade, muitas vezes, se chocam com poderes do nível econômico, com demandas do capital que são muito mais fortes do que o próprio Estado.

Nas circunstâncias normais de reprodução, o capital é que pauta, totalmente, a sua segurança, contra qualquer intervenção do Estado ou do direito. O direito é refém, total ou parcialmente, da própria lógica do capital. Se hoje isso parece ser menos notório, porque o Estado brasileiro vai se tornando menos fraco, nas décadas imediatamente passadas era muito clara a observação da fraqueza relativa do mundo jurídico e político em face do capital. Se houvesse uma norma majorando os direitos do trabalhador, a empresa ti-

rava a sua planta industrial do Brasil e a colocava no país do lado. O Estado, intervindo na reprodução do capital, muitas vezes pode ver quebrada a segurança jurídica da aplicação dessas normas por razão de um poder econômico que é maior que elas. A partir desse momento, vem, para o jurista e para a própria política social, a consciência da externalidade da razão de ser da segurança jurídica, exposta na tragédia que é justamente a de avaliar dar um passo adiante em prol da defesa do trabalhador, perdendo o capital, ou, então, manter a empresa com o arrocho do trabalho. Trata-se do poder bruto do capital contra a política e o direito. Quase nunca a segurança jurídica se sustenta quando se põe contra o capital.

Por isso, é sempre uma arte muito difícil esta de tomar a segurança jurídica como nossa referência. Pelo lado interno, o jurista, no seu afazer jurídico, não é um robô – não é um autômato, não trata das normas jurídicas como sendo um ponto que leva ao outro em linha reta, como sendo toda a possibilidade de realização do direito num único caminho. Além desta crítica interna à aparente placidez do tecnicismo, deve-se alcançar esta crítica externa ao direito, tomado na relação com a totalidade das próprias estruturas sociais. O direito também garante a segurança jurídica, mas até um ponto no qual a reprodução social espera justamente essa segurança jurídica. Quando existe uma estrutura social que espera uma determinada institucionalização, mas o direito põe uma contrária a essa, muitas vezes é a segurança jurídica que quebra. É verdade que, muitas vezes, o direito quebra a sociedade, como em alguns casos de costumes; em tais momentos, é o direito que passa por cima de certas instâncias culturais específicas na sociedade. Mas, muitas vezes, são determinadas estruturas e relações da sociedade que podem quebrar o próprio direito.

Temos visto, em geral, uma solidez da segurança jurídica quando ela casa, ao mesmo tempo, a forma estatal com conteúdos desejáveis socialmente. Por exemplo, em tempos extremados de neoliberalismo, quando o Estado sanciona normas jurídicas neoliberais e é justamente isso que se busca ou que se quer, tanto na imprensa quanto nos meios de projeção da cultura e na própria estrutura do capital, aí se vê que a segurança jurídica não é abalada.



A segurança jurídica é resultante do que a própria sociedade quer ou, pelo menos, do que os grupos que detêm uma certa hegemonia e um poder determinante na sociedade querem. Nesse ponto, a segurança jurídica não é abalada; ela é sempre contestada em momentos nos quais, entre a reprodução da sociedade e o direito, existe uma fissura.

Assim, em balanço geral, a segurança jurídica, que se pretende sustentada na forma normativa estatal, sofre abalos tanto internos ao afazer jurídico quanto na relação do direito com a sociedade. Há a fissura específica da atividade jurídica, além da fissura geral possível entre interesses políticos, jurídicos e sociais. Um importante filósofo alemão do século XX, Gadamer, dizia em “Verdade e Método” que o jurista, quando trata da norma, nunca a toma como um dado pronto, objetivo, do qual ele faz uma subsunção ao caso concreto. Todo jurista – isso não é defeito, é constituição da própria natureza estrutural do ser humano em sociedade –, quando lida com um caso ou uma norma jurídica, faz uma compreensão lastreada numa pré-compreensão. Nós observamos fatos, circunstâncias, normas, casos que se nos apresentam, já com uma história, uma bagagem, um juízo de valor minimamente consolidado. Muitas vezes nós mudamos um juízo de valor nosso, mas algumas estruturas são arquétipos da nossa forma de pensar o mundo. O que para nós é mais importante, tal coisa ou outra?

Nós temos pré-compreensão sobre as coisas e depois temos em mãos casos que se nos apresentam, para os quais em geral já temos inclusive uma resposta pronta. Ainda que nós não saibamos muito bem, claramente, qual é a resposta, nossa ordem de constituição de valores, nossa experiência pessoal, já nos leva a pensar uma coisa ou outra a respeito daquilo. Isto também nos faz tomar à mão e, mais que tomar à mão, interpretar, constituir uma forma de interpretação das normas jurídicas que seja suficiente para atentar em favor da nossa própria busca de pré-concepções. Nós temos pré-concepção que nos faz pensar que, em determinados casos, deve o Estado passar por cima da moral mediana; então, buscamos normas que nos sirvam a esse aspecto. Ou, para os de uma tradição ainda jusnaturalista, o direito deve buscar determinados

valores morais antigos e fundamentais e, quando o direito se põe em sentido contrário, esses valores falam mais alto. A solução do jurista é encontrar, no estoque de normas e jurisprudências, alguma que se ajuste melhor ao que antes já julgou e deseja. Custa a um juiz, muitas vezes, passar por cima da segurança advinda das normas jurídicas, em favor de uma visão de mundo que não é compartilhada por uma determinada norma. Então, busca-se outra. Num sistema dinâmico de normas, num sistema no qual normas, regras e princípios se somam num conjunto muito vasto, é sempre possível encontrar uma norma que seja suficiente para dar uma decisão contrária à da maioria, aliando, ainda que de modo muito próprio e insólito, uma segurança jurídica da forma normativa a uma segurança dos conteúdos.

O nosso positivismo jurídico, por natureza, não é de regras que se ponham de maneira objetiva apenas por conta do louvor da técnica. Assentado num confortável modo médio de atendimento das necessidades de reprodução social da sociedade capitalista, ele é um juspositivismo, em muitos momentos, menos de técnica normativa e mais de reiteração pela maioria. Por isso, no espaço de hermenêutica permitido pela norma jurídica, a interpretação média é quase sempre a mesma. A segurança jurídica parece advinda da reiteração da mesma hermenêutica no seio das tantas possibilidades da norma. Mas a interpretação, ainda dentro do direito positivo, consegue estabelecer conteúdos hauridos da estrutura interpretativa muito distintos daquilo que seja o tradicional, e ainda se está dentro do cânone da lei, ainda se é juspositivista. Dentro do direito positivo, é muito difícil que nós venhamos a dizer que existe uma segurança jurídica objetiva, porque, na verdade, nós interpretamos as normas jurídicas a partir dos nossos próprios pressupostos e interesses. Em geral, o que ocorre é que todo jurista tem uma posição de classe e uma cultura de formação comum e, por conta dessa média cultural, um jurista interpreta o direito positivo igual ao outro. Invertamos a constatação sociológica da segurança jurídica. Não é porque há um respaldo e uma consolidação de normas que então advém uma segurança jurídica: esta existe porque existe uma reprodução social estrutural necessária, ao que



se soma também uma cultura jurídica média. Dada a sua posição na reprodução social e sua formação, o horizonte de um jurista não é muito diferente do de outro. Então, o próprio trato com os fatos, com as normas, para os dois, é semelhante. É por isso que o juspositivismo parece ser avassalador. Não é pela sua estrutura lógica interna, não é porque a subsunção fala necessariamente. É porque o juiz tem um horizonte médio, então tem uma construção média. Os outros fariam assim e ele também faz assim.

Além disso, meus prezados senhores, o outro grande problema da segurança jurídica é o fato de que ela é sustentada não só por dentro, pelas normas jurídicas e pelo seu horizonte médio de aplicação, mas, principalmente, por fora, pela própria organização social, pela própria dinâmica dos grupos e classes que se apresentam em conflito ou em concordância, pela própria estrutura dessa contradição social e também pelos valores, pela cultura, pelos princípios e pelos horizontes que dão sentido ao próprio jurista e à própria sociedade. Esta segurança jurídica, em geral, é menos posta normativamente e é muito mais consolidada estrutural e socialmente. A estrutura da sociedade, quando tem valores já estabelecidos, ou pelo menos numa certa estabilidade, em geral faz com que esses valores também passem para o campo do direito positivo. Do encontro da reprodução social com o mesmo espelho nas normas jurídicas, temos segurança social, segurança cultural, segurança valorativa, o que corresponde ao que se chama na mídia de segurança jurídica. O grande conflito sociológico, que não se resolve na teoria, só se resolve pela verificação empírica dos casos concretos, é justamente quando as demandas sociais são distintas da própria institucionalização das normas jurídicas e da sua correspondente segurança jurídica. Nesse ponto, a partir de cada circunstância histórica estabelecida, ver-se-á o quanto o valor da segurança jurídica tem um papel de impor-se perante a sociedade ou, então, em outros casos, o quanto as estruturas sociais têm um peso de se impor totalmente, seja com o direito seja contra ele.

Ativismo judicial e segurança jurídica

Uma visão juspositiva

Palestra apresentada no curso “Segurança jurídica e discricionariedade na atividade jurisdicional”, no auditório da EMAG, em 03/11/2010

DIMITRI DIMOULIS*



EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Mestre em direito público pela Universidade Paris-I Sorbonne. Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). Professor visitante da Universidade Panteion e da Universidade Politécnica de Atenas. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Ativismo judicial e segurança jurídica

Uma visão juspositiva¹

1. Introdução

O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil² nas duas últimas décadas é amplamente reconhecido. Esse protagonismo fundamenta-se, do ponto de vista teórico, em uma abordagem que defende a aplicação dos princípios constitucionais pelo julgador de maneira direta, com base em ponderações de sua relevância para o caso concreto.³ Trata-se do denominado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁴ que em anteriores estudos analisamos (e criticamos)



Estela do Código de Hamurabi

1- O texto retoma e amplia algumas reflexões apresentadas nos trabalhos “A relevância prática do positivismo jurídico” e “Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências”, ambos ainda não publicados. Agradeço as observações críticas dos Professores José Carlos Francisco, Noel Struchiner e Soraya Lunardi.

2- Barroso, 2009, p. 383; Sarmento, 2009; Vieira, 2008, p. 444-459.

3- Francisco, 2009. Sobre a aplicação dos princípios constitucionais na perspectiva positivista cf. Dimoulis/Lunardi, 2008, p. 179-199.

4- Defesas da perspectiva neoconstitucionalista e pós-positivista em: Barroso, 2007; Moreira, 2008; Maia, 2009, p. 141-162; Quaresma et al. (orgs.), 2009; Carbonell (org.), 2007 (na maioria dos estudos). Uma posição moderada é adotada por Sarmento, 2007 e 2009. Do ponto de vista da teoria do direito cf. as reflexões em Duarte e Pozzolo, 2009.

como escolha teórica a favor do *moralismo jurídico* (afirmação da necessária união entre direito e moral, devendo o aplicador do direito ser guiado por considerações morais próprias ou prevalentes na sociedade).⁵

Isso provocou uma mudança no equilíbrio entre os poderes estatais,⁶ tornando a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima daquela de um *legislador positivo*.⁷ O Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelos legisladores ou decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais,⁸ suprimindo também omissões legislativas. Temos uma situação, rotulada de *ativismo judicial*, que recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional,⁹ sendo minoritárias as críticas.¹⁰

Os termos “ativismo judicial” e “legislador positivo” são amplamente utilizados em recentes estudos. Mesmo assim, apresentam grandes dificuldades de definição, já que vários autores entendem coisas diferentes sob esses rótulos. O presente texto não enfrentará esse problema.¹¹ Utilizamos os termos em seu sentido genérico, como indicativo da intensificação das intervenções judiciais, principalmente no âmbito do controle de constitucionalidade. Objeto principal de nosso interesse será a justificativa *jurídica* que permite ao Poder Judiciário contrariar decisões de outras autoridades estatais, alegando que destoam do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais. O que autoriza, por exemplo, o Poder Judiciário, guardião da legalidade, a tomar decisões que contrariem as políticas públicas estipuladas pelo Legislativo? E como pode o magistrado “ativista” enfrentar a crítica que, além de contrariar o Legislativo, afeta a segurança jurídica mediante deci-

5- Dimoulis, 2006 e 2008. Cf. as críticas em Ávila, 2009.

6- Vieira, 2008, p. 445.

7- Sobre a atuação dos tribunais como legisladores positivos cf. Sweet, 2000, p. 61-91, 136-138; Tavares, 2005, p. 321-341.

8- Para um exemplo de decisão do STF *contra constitutionem*, cf. Dimoulis/Lunardi, 2008a, p. 224-225. No caso foram atribuídos efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, contrariando a previsão do art. 52, X da Constituição Federal.

9- A doutrina formula ressalvas e tenta limitar o ativismo judicial. Mas prepondera a tendência de sua aceitação: Rothenburg, 2005, 2007, 2008; Tavares, 2007, p. 17-19. Cf. as ressalvas formuladas em Sarmento, 2007 e 2009, p. 33-46; Barroso, 2008, p. 237-249 e 2009, p. 392-394; Ramos, 2010.

10- Bercovici, 2007, p. 172-175; Mendes, 2008, p. 158-196; Lima, 2003.

11- Cf. as análises conceituais em Dimoulis-Lunardi, 2010 e 2011.



sões impregnadas de subjetivismo. Apresentaremos reflexões sobre o tema. Trataremos do tema adotando a perspectiva do positivismo jurídico, que costuma ser visto como abordagem teórica preocupada com a segurança jurídica.¹²

2. O ativismo judicial e a delimitação de competências estatais

O problema dos limites da intervenção do Poder Judiciário quando questiona decisões (ou omissões) de outros Poderes pode ser tratado a partir de quatro perspectivas.

A primeira aceita a primazia das decisões do Legislativo e do Executivo, por duas razões. Primeiro, em razão de sua legitimação popular-democrática¹³ e, segundo, pela limitada capacidade institucional do juiz de realizar complexas ponderações econômicas e políticas, que guiam a atuação dos demais Poderes.¹⁴ Em razão disso, só se admitem intervenções do Judiciário em casos de manifesta inconstitucionalidade ou ilegalidade. Podemos denominar essa abordagem de *minimalismo forte*.

A segunda perspectiva teórica considera que o Judiciário, como um dos três Poderes estatais, encontra-se em posição de igualdade funcional e axiológica com os demais, podendo questionar qualquer decisão, desde que ofereça uma fundamentação jurídica satisfatória. Essa seria a postura de um *ativismo moderado*, atualmente aceita pela maioria da doutrina brasileira.¹⁵ A terceira insiste no peculiar papel do Judiciário que toma decisões em última instância, tendo proximidade com o caso concreto. Esses fatos impõem que as decisões judiciais sejam guiadas por considerações de adequação e justiça, mesmo se isso contraria a visão de outros Poderes, e até mesmo não pode ser fundamentado de maneira satisfatória em interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais.

Dando um exemplo: a política habitacional do Executivo

12- Fundamentação teórica em Dimoulis, 2006.

13- Lima, 2003.

14- Vermeule, 2006.

15- Cf. os autores mencionados nas notas de rodapé 3 e 4.

pode ser fundamentada em competentes estudos técnicos e ter resultados práticos satisfatórios. Quando, porém, o julgador se depara com pedidos de famílias desabrigadas há meses, deveria ordenar que o Estado ofereça alojamento em regime de urgência, arcando com os custos, ou que eventual ocupação de propriedade privada alheia seja mantida. Isso deveria ser ordenado, mesmo contrariando as previsões orçamentárias e sem possibilidade de fundamentação em interpretação sistemática da Constituição, isenta de ponderações subjetivas. Podemos denominar essa abordagem de *ativismo forte*.¹⁶

O positivismo jurídico defende uma quarta posição, a de um *minimalismo moderado*. Nessa perspectiva, tornam-se fundamentais as normas jurídicas que fixam o conteúdo (e o limite) das competências de cada Poder estatal. Não interessam argumentos externos ao processo decisório, tais como a legitimidade democrática, o preparo do Judiciário ou sua proximidade com o caso que evidencia demandas de justiça. Ponto de partida é a regra que o juiz pode e deve¹⁷ decidir no limite de suas competências. A falta de competência impede que o Judiciário decida em certo sentido, mesmo se essa decisão for ditada por razões de “justiça”. Da mesma maneira, o Judiciário pode e deve decidir no campo de sua competência, aplicando a Constituição, por mais que sua decisão entre em conflito com fortes demandas políticas e desagrade a população e os integrantes dos demais Poderes.

Exemplificando: ninguém nega que o Judiciário pode e deve verificar a legalidade de um contrato entre particulares, em razão da amplíssima garantia de acesso à Justiça no art. 5º, XXXV da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). O problema é saber o que o julgador pode e deve fazer em cada caso. Pode reformular um contrato de direito privado em razão de suas considerações subjetivas,

16- O juiz de direito Manoel dos Reis Morais justificou, em carta pública, sua decisão liminar em favor de famílias pobres que ocupam terreno particular com as seguintes palavras: “o que busquei ao *deferir a posse em caráter provisório* para os moradores da Comunidade Dandara nada mais foi do que *calcular o peso do direito à moradia* no confronto com o *direito à propriedade*, tendo como balança (ou *fiel*) a *dignidade da pessoa humana*, que são, os três, princípios constitucionais. Esse *cálculo* quanto aos *direitos em confronto* mostrou o meu intento de evitar, ao longo do tempo (para o *futuro*), que mais pessoas *continuem vivendo sem dignidade* e que por isso não se realizem enquanto seres humanos” (Morais, 2010).

17- Sobre o duplo caráter das normas de competência, cf. Dimoulis, 2007, p. 87-88.



mediante as denominadas sentenças determinativas?¹⁸ Qual a base constitucional para tanto? Quais os limites de sua intervenção?

Para que tal delimitação ocorra de maneira satisfatória, se faz necessário definir as competências dos órgãos estatais de maneira *relacional*. Na ótica juspositivista deve ser determinado o *espaço de atuação* do Judiciário em relação ao dos demais Poderes estatais, assim como dos particulares que exercem seus direitos fundamentais. Devem também ser estabelecidas *presunções de competência* para casos duvidosos. Para tanto é necessário determinar o *ônus argumentativo*¹⁹ de cada autoridade em caso de conflito, isto é, indicar a quem cabe fundamentar exaustivamente sua discordância e quem pode decidir na dúvida.

A partir do momento em que a Constituição (ou a lei) distribui competências para determinada atividade não se justificam críticas de usurpação de competência, como, por exemplo, ocorreu no caso da súmula vinculante.²⁰ Em tais casos, o Poder Judiciário cumpre sua tarefa atuando nos limites de sua competência, por mais que essa atuação seja materialmente de cunho legislativo.

Pelas mesmas razões, não é convincente a crítica de decisões judiciais com base em considerações políticas, invocando a forte pressão popular e as consequências politicamente indesejáveis de certa declaração de inconstitucionalidade.

No julgamento da denominada “Lei da Ficha Limpa” (Lei complementar n. 135 de 2010), a maioria do Supremo Tribunal Federal optou por fazer respeitar a regra da irretroatividade qualificada, prevista na Constituição para a legislação eleitoral,²¹ por mais que sua decisão fosse, infelizmente, entendida e criticada por grande parte da opinião pública como decorrente de uma postura de tolerância da corrupção política.²² Acatar desejos da maioria e da mídia que invoca o princípio abstrato da democracia ao preço

18- Ver a afirmação de um poder praticamente ilimitado do juiz nesse âmbito em Gonçalves, 2006, p. 93-102; cf. a crítica parcial das sentenças determinativas em Lunardi, 2006, p. 152-164.

19- Sobre esse conceito cf. Dimoulis/Martins, 2007, p. 216-218.

20- Apresentação das críticas em Tavares, 2007a, p. 107-109; Leite, 2007, p. 93-119.

21- STF, Recurso extraordinário 633.703, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 24-3-2011.

22- Exemplo de reportagem fortemente crítica:
<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EMI221223-15230,00.html>.

de desrespeitar imperativos explícitos da Constituição é o que o Judiciário não deve permitir. Mesmo se o preço for uma crítica por quem – sem examinar os aspectos jurídicos da questão – adota uma posição de minimalismo judicial forte (melhor dizendo: exagerado).

Por outro lado, o julgador que examina a legalidade/constitucionalidade de um fato/norma, assume o ônus de *fundamentar sua decisão* mediante argumentação *específica e exaustiva*, não sendo suficientes as remissões genéricas a argumentos morais, de cunho subjetivo, as construções retóricas ou as meras indicações de normas constitucionais sem a necessária interpretação sistemática que identifica e resolve conflitos entre normas constitucionais. O mesmo vale para argumentos que têm como único fundamento um princípio de direito. Sabe-se que os princípios são genéricos, abrangendo uma ampla gama de possibilidades decisórias e necessariamente colidem com outros princípios, não oferecendo base suficientemente sólida para decisão.

Em certos casos, o Poder Legislativo brasileiro mostra-se claramente omissos. Isso ocorreu, por exemplo, com a omissão de mais de duas décadas em regulamentar o direito de greve dos funcionários públicos, apesar do imperativo constitucional nesse sentido (art. 37, VII da Constituição Federal). Em tais situações, a intervenção ativa do Judiciário é necessária, sendo constitucionalmente previstos o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²³

Mas as opções do legislador, mesmo não sendo politicamente oportunas, não podem ser consideradas inconstitucionais quando o aplicador não possui parâmetros objetivos para comprovar sua incompatibilidade com a Constituição. Como o Judiciário pode afirmar de maneira fundamentada a partir de que nível de investimento as políticas de saúde pública tornam-se omissas? Não há tais critérios. E quando o Judiciário tenta intervir, apesar da falta de critérios claros e fixos, corre o risco de tomar decisões contraditórias, tratando casos semelhantes de maneira diferente, como mostrou

23- Cf. os Mandados de injunção n. 670, 708 e 712, julgados em 2007 pelo Supremo Tribunal Federal. Análise em Lima, 2009.



uma análise da jurisprudência do STF sobre o direito à saúde.²⁴

Dito de outra maneira, se o Judiciário censurar ou mesmo substituir o Legislativo e o Executivo em situações de incerteza, ultrapassa suas competências. A Constituição não autoriza o Judiciário a julgar as opções dos demais, comparando-as como possíveis alternativas. A única questão que cabe responder aos julgadores é se certa decisão ou omissão possui o vício da inconstitucionalidade ou ilegalidade. Se o julgador não puder comprovar isso, deve aceitar a solução dada pelo Poder que possui a competência de concretização primária:²⁵ “*in dubio pro legislatore*”.²⁶

Nos últimos anos aumenta o número de decisões do Judiciário brasileiro que atendem pedidos de cidadãos, de organizações da sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo. Frequentemente, os juízes obrigam o Executivo a fornecer remédios não autorizados pelas autoridades competentes, a internar pacientes, a matricular alunos apesar da falta de vagas ou a conceder benefícios previdenciários não previstos em lei ou até mesmo vetados pela Constituição.²⁷

Essa atuação é analisada pela doutrina sob o rótulo de *judicialização* das políticas públicas.²⁸ Expressa a conscientização de muitos integrantes do Judiciário acerca das gritantes desigualdades do país. Mas, por mais que seja politicamente louvável, tal opção de ativismo (forte ou moderado) é constitucionalmente problemática. Quando a Constituição não determina o número de vagas nas escolas, ou os remédios necessários, e atribui tal competência aos legisladores, o Judiciário não tem competência para tanto e sua intervenção compromete o equilíbrio institucional desejado pelos Constituintes, afetando, nesses casos, o poder do legislador.

24- Wang, 2009.

25- É comum afirmar que a lei constitui fonte primária do direito. Na verdade, a lei no sentido formal é a hierarquicamente primeira fonte de concretização dos mandamentos constitucionais que constituem a verdadeira fonte primária do direito.

26- Amado, 2007, p. 242; Dimoulis/Martins, 2007, p. 224-232.

27- Para uma proposta de decisão *contra constitutionem*, alegando interesses e necessidades da demandante, pessoa pobre e gravemente enferma, ver o voto do Min. Eros Grau em: STF, Agravo Regimental da Reclamação 3.024, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 21-9-2006.

28- Bucci, 2002; Cittadino, 2002; Galdino, 2005; Barcellos, 2007; Verbicaro, 2008.

As referidas exigências argumentativas-interpretativas limitam *in concreto* a margem de atuação do Judiciário. Atribuem ao julgador o dever de explicar *por que* outros agentes infringiram normas constitucionais (ou normas infraconstitucionais de nível superior) e por que o litígio deve ser decidido de determinada maneira. Se a comprovação da violação de lei ou da Constituição não for possível, o juiz “ativista” excede sua competência e contraria o princípio democrático que designa o legislador como representante do povo e, portanto, como primeiro concretizador da Constituição.

Encerramos essa nossa reflexão com uma *proposta concreta*. Do ponto de vista da técnica decisória, as decisões do Poder Judiciário devem ser examinadas e avaliadas, em sua consistência e imparcialidade, com base em cinco critérios:

- a. *Competência*. O Poder Judiciário possui a competência para realizar certa forma de controle ou intervenção? Para responder é necessário examinar tanto as normas que estabelecem a competência formal para certa decisão, como os elementos normativos que indicam sob quais condições o Judiciário pode contrariar atos e omissões dos demais Poderes.
- b. *Utilização das fontes*. A decisão cita a doutrina e a jurisprudência de maneira completa e ponderada ou limita-se a invocar elementos que corroboram sua tese, silenciando posicionamentos contrários?
- c. *Interpretação sistemática*. A decisão interpreta o direito vigente de maneira sistemática ou limita-se a indicar normas que favorecem certo posicionamento, ignorando outras?
- d. *Qualidade da subsunção*. A consequência jurídica foi deduzida com rigor lógico de certa premissa ou trata-se de falsa subsunção? Como dissemos, o segundo ocorre frequentemente quando se deduzem consequências concretas de normas principiológicas ou de uma ponderação que permite alegar a prevalência de certo princípio de maneira não fundamentada. Tal como da premissa de



que os homens são mortais não se deduz a data de falecimento de cada um (*certum an, incertum quando*), da premissa de que a Constituição garante o direito à saúde não se deduz, com rigor subsuntivo, que certo paciente tem direito a certo tratamento.

- e. *Qualidade das provas.* As afirmações da decisão que invocam fatos ou tendências foram comprovadas de maneira satisfatória ou permanecem retóricas? Quando uma decisão afirma, por exemplo, que a legislação penal sobre entorpecentes tutela a saúde pública e isso justifica a punição de traficantes e usuários, os julgadores devem apresentar comprovação empírica do nexó adequado e necessário entre a punição criminal e a tutela da saúde pública. Em caso contrário, um cidadão é gravemente sancionado com base em suposições sem fundamento empírico.

3. A segurança jurídica limita o ativismo judicial?

Muitos autores e operadores do direito acreditam que o positivismo jurídico considera predominante o valor da segurança jurídica, enquanto outras correntes teóricas, notadamente as moralistas e as realistas, não se preocupam com a previsibilidade e estabilidade das decisões e sim com a “justiça” da decisão no caso concreto, menosprezando a segurança jurídica. Essas teorias apelariam para o subjetivismo, confiariam no poder “criativo” do aplicador e utilizariam fontes extrajurídicas, gerando imprevisibilidade e incerteza na aplicação do direito. Dito de outra maneira, considera-se que o positivista sugeriria a aplicação estrita das normas vigentes, independentemente de suas consequências sociais, porque isso levaria a decisões previsíveis, sendo a aplicação do direito estável e uniforme (igual para todos).

Essa tese é amplamente difundida no senso comum dos aplicadores do direito e também entre os teóricos, sendo apresentada como argumento a favor do positivismo.²⁹ Parece-nos

29- Ott, 1992, p. 176-177.

que essa proposta de dividir as teorias do direito conforme a relevância que atribuem à segurança jurídica é equivocada.

Em primeiro lugar, não há incompatibilidade entre o moralismo e a segurança jurídica. Como foi demonstrado em estudo que analisou a obra de Robert Alexy, os moralistas estão sim preocupados em garantir a segurança jurídica nas decisões, mediante aplicação objetiva e fiel dos dispositivos vigentes, considerando que a segurança jurídica é um valor (e princípio) que se situa ao lado da justiça, cabendo ao intérprete procurar conciliá-lo com outros princípios em cada caso concreto.³⁰ Dito de outra maneira, os moralistas não negam a segurança jurídica mas negam-se – com plena razão – a considerá-la como um imperativo absoluto.

Há, porém, uma segunda consideração que nos parece decisiva para questionar a vinculação privilegiada da segurança jurídica com o positivismo. Em nossa opinião, o positivismo jurídico *não* se preocupa com a segurança jurídica. Por detrás dessa afirmação encontra-se o problema da definição que será dada à segurança jurídica.

Alguns autores sugerem uma definição ampla, entendendo a segurança jurídica como imperativo de aplicação de certa norma em todos os casos por ela abrangidos e de não aplicação nos demais casos.³¹ Se a norma impõe que todos os advogados paguem uma taxa especial, teremos uma aplicação “segura” do direito – no sentido da uniformidade e da previsibilidade – se a taxa for cobrada de todos os advogados, independentemente de características pessoais (renda, idade...), e se não for cobrada de outras pessoas, por mais que sua atuação se assemelhe à do advogado. Entendida dessa maneira ampla, a segurança jurídica constitui um imperativo genérico e dificilmente questionável. A violação do direito não é uma meta juridicamente defensável e certamente um positivista não a adotaria. Mas justamente por essa razão o conceito amplo da segurança jurídica, equivalente à legalidade, não é interessante.

Uma definição restritiva e mais produtiva da segurança

30- Berteia, 2007.

31- Radbruch, 1999, p. 228.



jurídica consiste em dizer que (a) proíbe as leis retroativas, (b) reduz a liberdade discricionária do aplicador e (c) impõe a taxatividade na formulação normativa. Ora, esses componentes conceituais não podem ser aceitos por um juspositivista pelas seguintes razões:³²

Primeiro, entendendo a segurança jurídica como valor (social, econômico e político), o positivismo não possui motivo para considerá-la como prevalecente em relação a outros valores.³³ Em muitos casos, a adaptação rápida do direito a novas situações ou a correção de equívocos normativos é muito mais vantajosa, para certos grupos sociais, do que a preservação de antigas normas e a insistência em interpretações consolidadas. Em resumo, a multiplicidade de valores e interesses sociais não oferece razão para considerar a segurança preferível em relação aos valores da modernização, da flexibilidade ou da eficiência.

Segundo, entendendo a segurança jurídica como elemento do sistema jurídico (princípio), constatamos que não há, pelo menos no Brasil, garantia positivada e abrangente da segurança jurídica. Sabemos que a Constituição e algumas leis se preocupam, pontualmente, com a segurança jurídica. Temos como exemplos dados pelo art. 5º da Constituição Federal a proibição parcial da retroatividade em certos ramos do direito, a tutela do direito adquirido em algumas situações ou a garantia do direito fundamental à segurança. Mas não há proclamação de um princípio geral de segurança jurídica. Em particular, a segurança jurídica não se encontra entre os “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), nem entre seus “objetivos fundamentais” (art. 3º) ou entre os “princípios” das relações internacionais (art. 4º).

Há também normas indicando que o direito positivo não promove a segurança jurídica. Pensemos nas normas retroativas e naquelas que concedem amplos poderes discricionários ao julgador. Exemplo: as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser interpretadas de acordo com os “fins so-

32- Cf. as críticas em Dimoulis, 2006, p. 199-201.

33- Uma análise crítica da segurança jurídica enquanto valor encontra-se em Manrique, 2003.

ciais” da lei, as “exigências do bem comum” e a condição peculiar das crianças e dos adolescentes (art. 6º do ECA). Diante de tais previsões, como dizer que o direito positivo sempre deseja promover a segurança jurídica?

Terceiro, as referências dos doutrinadores à segurança jurídica como um estado de coisas desejável objetivam legitimar o ordenamento jurídico vigente. O argumento da segurança jurídica apresenta o fiel cumprimento do direito como algo positivo, porque promove a paz social, a ordem e a segurança dos direitos fundamentais. Sabe-se, porém, que o positivismo jurídico não deseja legitimar certos ordenamentos ou normas jurídicas, exaltando suas virtudes. Tampouco deseja dar conselhos ao legislador sobre a melhor configuração do ordenamento jurídico. Só deseja descrever o direito vigente, retroativo ou não, “seguro” ou não, em uma palavra, o positivismo pretende analisar o direito como ele é. Ao estudar a estrutura do ordenamento jurídico e ao interpretar seus dispositivos, o positivista adota uma postura de *distanciamento* de suas preferências pessoais e dos valores e interesses de grupos sociais. Procura também se distanciar dos conteúdos normativos e ideológicos do próprio ordenamento, evitando defender as opções legislativas como adequadas, necessárias ou justas e a legitimar seus resultados.

Quarto, o ordenamento jurídico brasileiro considera crucial para a administração da justiça a independência de cada julgador, não admitindo a vinculação pelos precedentes jurisprudenciais, salvo casos excepcionais de decisões com efeitos *erga omnes*. Isso testemunha a opção do constituinte brasileiro a favor do livre exame de cada caso, conforme o convencimento dos magistrados sobre assuntos fáticos e jurídicos, mesmo quando provoca rupturas na continuidade jurisprudencial. Temos aqui uma derradeira indicação de que a estabilidade e a previsibilidade das decisões não constituem prioridade para o direito brasileiro.

4. Observações conclusivas

A opção teórica a favor ou contra o positivismo jurídico não



é um assunto de interesse meramente teórico. Apresenta grande relevância prática, pois se relaciona com a determinação do papel social do Poder Judiciário. As nossas análises indicam que o positivismo jurídico afasta opções políticas e construções teóricas irracionais que sugerem a ampliação ou a restrição do papel do Poder Judiciário com base em considerações externas ao direito vigente.

Constatamos também que o argumento da segurança jurídica possui natureza prevalentemente ideológica e não permite limitar as competências do Judiciário, alegando o suposto risco de subjetivismos e “surpresas”.

Reconhecendo a amplitude das competências do Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro que garante o acesso à justiça praticamente irrestrito, mesmo em temas controvertidos e politicamente sensíveis, o positivismo jurídico admite também que o julgador é livre para impor suas *preferências*, dentro do quadro das decisões aceitáveis que traçam normas superiores. O julgador pode fazer isso sem se preocupar com o (falso) imperativo de respeitar a segurança jurídica. Mas deve comprovar sua competência e oferecer fundamentação satisfatória conforme as regras do ônus argumentativo.

Bibliografia

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos; elementos de crítica ao neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*; ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 599-635.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

———. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação jurídica. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Org.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 221-249.

———. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio



Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167-175.

BERTEA, Stefano. How non-positivism can accomodate legal certainty. In: PAVLAKOS, George (Org.). *Law, rights and discourse; the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart, 2007. p. 69-82.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo; ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG. p. 17-42.

DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico; introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

———. *Manual de introdução ao direito*. São Paulo: RT, 2007.

———. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glaucio Salomão (Org.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 43-59.

———; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional; superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 179-199.

———; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de

constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 7, 2008a, p. 217-238.

—; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 15, 2010, p. 161-181.

—; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo judicial no controle de constitucionalidade*; uma definição qualitativa, 2011. Texto inédito.

—; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*; as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2009.

FRANCISCO, José Carlos. *Princípios constitucionais fundamentais, justiça e pós-positivismo*, 2009. Texto inédito.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Graziela Marisa. As sentenças determinativas e o juiz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136-148.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Juliana Maggi. O direito de greve dos servidores públicos e o STF. In: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisprudência constitucional*; como decide o STF?



São Paulo: Malheiros, 2009. p. 483-499.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional; um problema de teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. A sentença determinativa reconhecida. In NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006. p. 149-168.

———. Direito à segurança na Constituição Brasileira. In: CARVALHO, Leonardo Arquimimo de et al. (Org.). *Segurança e defesa na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 156-179.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117-168.

MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 477-515.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAIS, Manoel dos Reis. Juiz responde às cartas sobre invasão de terreno. *Estado de Minas*, 12 abr. 2010. Disponível em: <https://docs.google.com/Doc?docid=0AVk_PB7xrQxiZGRqcnBtcV81NWMzNDY0ZmR6&hl=en>.

MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo; a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

QUARESMA, Regina et al. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elivalda Silva. *Ativismo judicial; parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: RT, 2005.

———. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al. (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 429-439.

———. O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais: o peso dos vinte anos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 8, 2008, p. 151-164.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

———. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9-49.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges; constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.



TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 2, 2007, p. 9-28.

———. *Nova lei da súmula vinculante*. São Paulo: Método, 2007a.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008, p. 389-406.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*; an institutional theory of legal interpretation. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008, p. 441-463.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisprudência constitucional; como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 275-300.

Segurança jurídica e efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade

Palestra apresentada no curso “Segurança jurídica e discricionariedade na atividade jurisdicional”, no auditório da EMAG, em 04/11/2010

ELIVAL DA SILVA RAMOS*



EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre, Doutor e Livre-Docente pela mesma Universidade. Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Procurador do Estado de São Paulo, atualmente exercendo o cargo de Procurador-Geral do Estado.

Segurança jurídica e efeitos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade



O presente simpósio versa sobre a questão da segurança jurídica e, ao conversar com o Doutor José Carlos Francisco, propus desenvolver algum aspecto ligado a esse tema, mas vinculado ao controle da constitucionalidade. Este tem sido o eixo da minha linha de pesquisa dentro da Academia do Largo São Francisco e tem me permitido algumas reflexões em boa parte condensadas nessa obra, mencionada por último pela Desembargadora Diva Malerbi, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, publicada neste ano, mas que, na realidade, é fruto de reflexões antigas sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e sobre o nosso modelo sancionatório da inconstitucionalidade. Meu primeiro trabalho na Universidade, em nível de mestrado, não versou sobre a inconstitucionalidade e seu controle, embora fosse sobre a ação

popular, instituto que tem alguma relação com isso. Mas, especialmente o segundo trabalho, a tese de doutorado, “A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção”, defendida em 1992, insere-se nessa temática. Para dimensionar no tempo minhas preocupações com o tema, posso afirmar que existem há mais de vinte anos, porquanto comecei a meditar sobre o trabalho, a iniciar a sua preparação, talvez dois ou três anos antes. Então, há mais de vinte anos que venho procurando apresentar algumas reflexões na comunidade acadêmica sobre o assunto.

O que sustentei nesse trabalho tem muito a ver com a questão da segurança jurídica, porque todas as discussões a respeito do sistema brasileiro de controle acabam confluindo para uma certa insatisfação que os operadores do direito sentem em relação ao nosso sistema de controle, envolvendo a falta de uniformidade das decisões em matéria de constitucionalidade e a questão, diretamente relacionada à segurança jurídica, que é a falta de previsibilidade dessas decisões. A Academia tem procurado expressar isso em trabalhos ou em palestras que os professores proferem. Assim é, por um lado, que se aponta alguma ficção com o princípio da isonomia, na medida em que não há uniformidade nas decisões sobre temas idênticos, de natureza jurídica. Quem milita no contencioso sabe que, decidida determinada causa, outra causa com situação fática assemelhada pode ter decisão diferente, pois sempre há as peculiaridades das circunstâncias fáticas ou diferenças na qualidade das provas. Enfim, são circunstâncias naturais. Mas, em matéria de interpretação, aspecto estritamente jurídico, que não envolve o aspecto circunstancial ou o aspecto fático, o que todos esperam é que haja uniformidade. A mesma questão jurídica deve ter uma mesma solução. É o que todos esperam e, quando isso não ocorre, há uma insatisfação muito grande, tanto da parte do leigo, que percebe essa falta de uniformidade, quanto da parte dos profissionais do direito e daqueles que fazem a doutrina.

O sistema jurídico é construído sobre dois valores essenciais: a isonomia e a segurança jurídica. Norberto Bobbio, há muitos e muitos anos, já havia observado, em trabalho magistral, muito conhecido, sobre a teoria da norma jurídica, que no conceito



de norma jurídica temos a presença desses dois valores. De fato, recordo-me de questão que recebi, de chofre, na banca de meu concurso de ingresso na Procuradoria, vinda do Professor Anacleto de Oliveira Faria, de quem esperava questões mais específicas, voltadas diretamente ao Direito Civil, mas que só me perguntou uma coisa: “O que é lei?” Essa é uma pergunta para derrubar candidato. Espera-se não uma pergunta conceitual como essa. Tentei me safar apresentando a conceituação que havia aprendido com o Professor Antônio Junqueira Azevedo, de quem tive a honra de ser aluno. O Professor Junqueira dizia no começo do curso, e o Professor Goffredo da Silva Telles ensinava a mesma coisa na disciplina Introdução à Ciência do Direito: “A lei, no sentido material, envolve normas que são gerais e abstratas”. Então, há essas duas características, a generalidade e a abstração, que são intrínsecas e materialmente definem o que é lei no sentido jurídico. Bobbio dizia que a generalidade está associada à isonomia, enquanto a abstração significa que a lei contempla fatos-tipo, isto é, um modelo de fato e não fatos concretos, estando relacionada à questão da segurança jurídica. Para uma situação concreta que, no futuro, venha a se apresentar, será dada a solução contemplada na situação-tipo anteriormente estabelecida. É assim que trabalha o direito. Portanto, esses dois valores estão ligados à ideia de Estado de Direito, de democracia, à ideia, em suma, de civilização. O direito é, sobretudo, um fenômeno civilizacional.

A possibilidade de civilização só ocorre na presença de um sistema jurídico bem estruturado e em função desses dois valores, a isonomia e a segurança jurídica. A falta de uniformidade de decisões judiciais em matéria constitucional, tanto quanto em relação à legislação infraconstitucional, agride a isonomia, porém incomoda ainda mais porque a Constituição é norma estrutural, diz respeito à estrutura do Estado, disciplinando aspectos básicos da convivência humana, por meio de regras e princípios fundamentais. Nesse sentido, a uniformidade nas decisões judiciais é mais necessária do que nunca. De igual modo, é essencial que haja estabilidade na jurisprudência constitucional, em atenção à exigência de previsibilidade, de que, no futuro, a mesma situação receba idêntico tratamento.

Nesses dois aspectos enxergo problemas em nosso sistema de controle. Por quê? Para não ultrapassar o tempo disponível, em prejuízo à exposição dos colegas e às eventuais perguntas do auditório, preciso rapidamente afirmar que o nosso sistema de controle é de padrão estadunidense. Temos, na atualidade, dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade, que exercem uma força atrativa muito significativa em relação a todos os demais. Tanto que, quando surge um sistema diferente, como o francês, bastante distinto do americano e também peculiar em relação ao europeu, o que se constata, na prática, é que esse sistema diferente acaba se aproximando de um desses dois grandes sistemas-tipo. Aliás, acaba de acontecer na França, que fez uma reforma constitucional em 2008, recentíssima, e que, por conseguinte, está ainda em vias de implantação. O que essa reforma constitucional trouxe de novidade no tocante à fiscalização de constitucionalidade? Promoveu-se a aproximação com o modelo europeu. Foram mantidas as linhas gerais do sistema, atribuindo-se ao Conselho Constitucional certa competência de controle *a posteriori*, em matéria de lesão a direitos fundamentais. A França, como se sabe, adota um modelo preventivo de controle de constitucionalidade, preventivo e político, porque se dá no bojo da função legislativa, mas, com essa reforma de 2008, permitiu o controle repressivo, jurisdicional, em que órgãos jurisdicionais, quer da jurisdição administrativa, capitaneada pelo Conselho de Estado, quer da jurisdição ordinária, fazem a filtração das questões constitucionais atinentes à lesão a direitos fundamentais e as remetem a um único órgão para apreciá-las, que é o Conselho Constitucional. Portanto, é um modelo concentrado, um modelo cada vez mais próximo ao de padrão europeu. Não é similar ao sistema americano, difuso, em que qualquer juiz ou tribunal faz controle de constitucionalidade. Logo, esse sistema francês, embora hoje admita apenas o controle repressivo jurisdicional em matéria de lesão a direitos fundamentais, aproxima-se do sistema modelar europeu. Cabe especular que, se essa experiência de fiscalização repressiva for bem-sucedida, poderá vir a ser estendida a outras situações de violação à Constituição. Com isso, o sistema se tornará um subtipo do grande sistema europeu.



O sistema brasileiro, ainda hoje, é, indubitavelmente, um sistema de padrão estadunidense. Por várias razões, mas por duas principais. Em primeiro lugar, o aspecto relativo à sanção de inconstitucionalidade. Adota-se, no Brasil, a nulidade como a sanção de invalidade para a lei inconstitucional, que, entre nós, é sancionada com a sanção de invalidade do tipo nulidade ou, se quiserem, nulidade absoluta. Não é a anulabilidade, presente no modelo sancionatório adotado preferencialmente na Europa. Não é o caso de Portugal, que adota um sistema de controle de padrão estadunidense, fugindo àquele que predomina no continente europeu. A Inglaterra não tem controle de constitucionalidade, por não ter uma Constituição com supremacia hierárquica. Já em Portugal, bem como em alguns poucos Estados europeus, vigora um sistema de padrão estadunidense, porém, na maior parte dos países vigoram sistemas de controle kelsenianos ou de concentração da competência de controle. O nosso sistema é de padrão estadunidense, em primeiro lugar, por conta da nulidade. O sistema americano sempre trabalhou com isso. Se formos examinar a decisão proferida no *leading case* do *judicial review*, que é o famoso caso *Marbury X Madison*, nela está escrito, com todas as letras, que a lei inconstitucional é nula e sem nenhum efeito. Isso foi repetido, depois, em centenas e centenas de casos pelo Supremo Tribunal Federal, que, no início de sua jurisprudência em matéria de controle de constitucionalidade, beneficiou-se da mente prodigiosa de Rui Barbosa. Com efeito, Rui Barbosa, em trabalhos preciosos, produzidos na condição de advogado junto ao Supremo, praticamente firmou a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, com a invocação daquilo que os autores norte-americanos diziam, reproduzindo as lições de *Marbury X Madison* no Brasil. A partir daí, a jurisprudência do Supremo e mesmo a doutrina são, praticamente, uniformes. Hoje, pode-se até dizer que não há voz discordante sobre esse ponto.

Às vezes, surge algo diferente. Episodicamente, há quem tenha encontrado um ou outro acórdão discrepante. É sempre mencionado um acórdão da relatoria do Ministro Leitão de Abreu, em que ele defende a tese de que, talvez, o sistema da anulabilidade fosse mais adequado. Aliás, subscrevo essa sua afirmação,

pois concordo com ela. No entanto, o problema não é saber o que é mais adequado e sim determinar qual é o nosso modelo. O que ele deveria ser é outra discussão. O Ministro Leitão de Abreu, naquele acórdão, afirmava que a situação então enfrentada não era bem resolvida com a sanção de nulidade, no que ele estava certo. Contudo, essa questão não era importante para resolver o caso, constituindo um mero *obiter dictum*. Ou seja, representava o desenvolvimento de um raciocínio sobre o tema, mas que não fazia parte da *ratio decidendi*, não era razão de decidir, até porque o caso foi resolvido por meio de uma preliminar, sem o conhecimento do recurso. Entretanto, a meu ver, por uma falha na redação do acórdão, na ementa do julgado constam as considerações do relator sobre a inadequação da sanção de nulidade, sem que, entretanto, constituam precedente na jurisprudência. É preciso fazer a distinção. O que consta da ementa nem sempre é decisivo. Não é porque constou da ementa que representa o entendimento do tribunal. Nesse caso, a discussão sobre a sanção de invalidade foi mal colocada na ementa, na medida em que não se tratava de *ratio decidendi*. A ementa deve expressar apenas a *ratio decidendi* e não os *obiter dicta*. Assim sendo, esse acórdão não serve para fundamentar a afirmação de que há discrepância sobre o tema da nulidade na jurisprudência do STF.

Permito-me mencionar o Ministro Gilmar Mendes, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e um dos grandes responsáveis pela construção da jurisprudência mais recente da Corte, que tem dito em todos os seus trabalhos, reiteradamente, inclusive em obra escrita em conjunto com o Professor Inocêncio, aqui presente, que, no Brasil, adota-se o “princípio” da nulidade. Eu diria que não se está diante de um princípio, ao menos no sentido dworkiniano ou de Alexy, mas que se cuida de uma regra implícita, de nível constitucional, a de que para um ato normativo inconstitucional a sanção aplicável é a de nulidade. Também quanto a esse aspecto, estamos todos de acordo.

Ao adotar a sanção de nulidade, que é típica do modelo estadunidense, nós já estaríamos dele muito próximos, com as suas virtudes e defeitos. Mas há mais do que isso. Nosso sistema é um



sistema difuso. Nesse ponto, faço uma afirmação que é um pouco mais polêmica. Sempre digo em sala de aula que não é porque a maioria ou até mesmo a quase totalidade das pessoas afirma algo que isso está correto. Ou seja, o erro repetido pela quase unanimidade dos autores não se transforma em acerto. Ou se parte dessa premissa ou não se investiga mais nada. Do contrário, para mencionar um setor do conhecimento científico que evolui rapidamente, os geneticistas teriam se detido nas primeiras descobertas, ao tempo de Mendel. Sabemos que, a cada ano, são feitas novas descobertas genéticas, com promissoras aplicações tecnológicas. É evidente que a investigação jurídica caminha mais lentamente, mas ela não pode parar porque a maioria está dizendo alguma coisa.

Pois bem, no Brasil, a maioria dos constitucionalistas diz que o sistema de controle brasileiro é misto quanto ao aspecto orgânico. Isso está errado. O sistema não é misto e sim difuso, apenas difuso. E por que erra a maior parte dos autores? Erram porque não atentam para um aspecto importante nas classificações. Toda classificação é lógica, e aqui temos que ser estritamente cartesianos. Toda classificação adota um critério, exigindo-se que seja suficientemente claro. E qual é o critério nesse caso? O critério é a competência para fazer o controle. Essa competência pode ser de um só órgão, com exclusividade, e, então, temos um sistema concentrado, ou pode ser de todos os órgãos jurisdicionais, tipificando o sistema difuso. Percebe-se, pela própria lógica da classificação, que não é admissível um sistema misto. Como pode existir um sistema em que a competência de controle é exclusiva de um órgão, mas que, ao mesmo tempo, não é exclusiva porque é de todos? Isso é contraditório. Basta examinar o critério da classificação que se chega à conclusão, sem maior esforço, de que não é admissível, logicamente, um sistema misto no tocante a esse critério. E a confusão também se estabelece porque, de fato, o sistema brasileiro de controle é misto em relação ao modo de fazer o controle. De fato, nós adotamos o modo incidental e o modo principal de controle.

Temos as ações diretas de inconstitucionalidade e temos as arguições incidentais. Por conseguinte, nesse aspecto modal, o sistema é misto, mas não é misto em relação ao aspecto orgânico,

ao aspecto competencial. Por vezes se pensa que, como o sistema é misto quanto ao aspecto modal, ele também tem que ser misto em relação a outros aspectos. Todavia, não tem nada a ver uma coisa com a outra, já que se trata de classificações distintas. Nosso sistema é apenas difuso, ou seja, todo juiz ou tribunal, qualquer autoridade ou órgão que tenha jurisdição no Brasil, pode fazer controle de constitucionalidade. Claro que se exige uma atuação dentro das regras de competência. Destarte, é evidente que se um juiz trabalhista lida, sobretudo, com a aplicação de leis trabalhistas, irá fazer controle de constitucionalidade de leis trabalhistas. Não vai fiscalizar leis penais porque não as aplica. Um juiz penal vai controlar a constitucionalidade de leis penais porque as aplica em sua missão de julgar. Um tribunal superior, por exemplo, o Superior Tribunal Militar, vai fazer controle dentro de seu campo de competência originária ou recursal. Impressiona a alguns a circunstância de que só o Supremo Tribunal Federal julga as ações diretas de inconstitucionalidade. Ora, isso não quer dizer nada. O fato de o Supremo Tribunal Federal ser o único órgão que julga as ações diretas não serve para demonstrar que o sistema é misto. Ao contrário, cuida-se de mera competência processual. Faz-se confusão entre a competência processual e o critério da classificação, que não é fundamentada em competência processual e sim na competência geral para exercer o controle. Se todos os órgãos jurisdicionais são dotados de alguma competência de controle, o sistema é difuso, ao passo que, se é facultado a apenas um órgão jurisdicional exercer a fiscalização de constitucionalidade, então o sistema é europeu. Portanto, o nosso sistema é americano também sob esse aspecto.

É um sistema difuso e, sendo um sistema difuso, não lhe é permitido conviver com a sanção de anulabilidade. Daí o nosso dilema: de fato, tanto a segurança jurídica quanto a isonomia são, de certa maneira, agredidas pelo sistema em seu funcionamento, porque, ao contrário dos Estados Unidos, não temos o precedente na base do sistema. Lá, é natural que uma decisão judiciária não apenas decida o caso, mas trace norma para os casos seguintes. Isso está dentro da lógica do sistema anglo-saxônico, dos precedentes vinculantes, e que acaba gerando previsibilidade porque se sabe



que, diante de um caso igual, o juiz vai julgar da mesma maneira, atendendo, também, à isonomia. Só que não temos isso em nosso sistema e de pouco adianta nele introduzir a súmula vinculante, já que isso não vai trazer para cá o substrato cultural do sistema anglo-saxônico.

De vez em quando, há tentativas de importar institutos de outros lugares, em relação ao que sempre lanço a advertência de que isso precisa ser feito com muito cuidado, porque o direito é um bem ou um fenômeno cultural. Destarte, em torno de um instituto jurídico, há todo um substrato cultural. Determinadas soluções institucionais que dão certo lá fora não darão aqui, pois aqui é outra a cultura jurídica, outro o sistema. O Brasil convive com um sistema jurídico que não é anglo-saxônico, mas, de base romanística, não contemplando, ao menos de modo natural e automático, o precedente vinculante. Enfim, não temos a tradição da uniformidade dos precedentes, porém, ao mesmo tempo, o nosso sistema de controle de constitucionalidade é difuso. Naturalmente, juízes que não estão vinculados a um entendimento ou outro vão decidir cada qual à sua maneira a questão de constitucionalidade. No âmbito do controle incidental, essas decisões gerarão efeitos *inter partes*, resolvendo apenas os casos que as provocaram. Se surgir um novo caso, poderá ele ser decidido de maneira diferente.

De fato, no nosso sistema, os efeitos *inter partes* das decisões de controle estão associados à fiscalização incidental. Quando o controle é feito por meio do incidente de inconstitucionalidade, superando-se questão prévia ao julgamento do mérito, essa decisão só afeta as partes do processo. Sequer faz coisa julgada para essas partes na medida em que essa questão, no incidente, é enfrentada na fundamentação da decisão propriamente dita. Logo, não faz coisa julgada, já que os fundamentos das decisões não fazem coisa julgada, mas apenas a parte dispositiva, como está no Código de Processo Civil. Portanto, é errado dizer, como às vezes se diz, que no controle incidental a declaração de inconstitucionalidade somente faz coisa julgada para as partes. Não é assim, porquanto a superação da questão constitucional não faz coisa julgada nem mesmo para as partes, embora seja evidente que as partes são, de

algum modo, afetadas pela decisão. Em que sentido? No sentido de que o tratamento dado à questão de constitucionalidade permitiu a resolução da controvérsia de fundo, que estará definitivamente julgada após o esgotamento dos recursos. O dispositivo dessa decisão, isto sim, transitará em julgado, trazendo, é claro, jungido a esse dispositivo o fundamento, a *ratio decidendi* que acompanha a decisão. Ressalte-se, contudo, que o que faz coisa julgada é o dispositivo da decisão e não os seus fundamentos.

Para dar um exemplo, vamos supor a existência de um contencioso de natureza tributária, envolvendo, no Município de São Paulo, a constitucionalidade de determinada lei sobre o imposto sobre serviços. Há um advogado que está sendo compelido a pagar o tributo e que sustenta a inconstitucionalidade da lei, por qualquer razão, que não vem ao caso, resolvendo questioná-la preventivamente. Interpõe mandado de segurança, de sentido declaratório, para se eximir do pagamento em determinado exercício, já que o mandado de segurança não pode ter efeitos normativos. Suponhamos que o objetivo seja obstar o pagamento do tributo no exercício de 2010, tendo, afinal, ganho a causa. O fundamento é o de que a lei padece de inconstitucionalidade, por algum motivo. No ano seguinte, a Prefeitura pode cobrar novamente o tributo desse mesmo advogado, com base na mesma lei, porque o que está resolvido pela decisão pretérita é a controvérsia concernente ao ano de 2010. O cumprimento da obrigação tributária em relação ao ano de 2011 ainda não foi objeto de decisão judicial e, se a ação for distribuída a outro juiz que, eventualmente, tenha assumido a mesma vara, pode-se ter uma decisão diferente. Imaginemos que esse novo juiz entenda que aquela lei é constitucional. É isso o que quero dizer ao afirmar que não há coisa julgada da questão constitucional nem para as mesmas partes daquele processo, pois o que faz coisa julgada é o dispositivo da sentença. E o dispositivo, no caso em tela, estabelece apenas se o contribuinte é ou não obrigado a pagar o tributo em determinado exercício anual. De outra parte, os efeitos *erga omnes* estão associados ao controle principal ou abstrato, e é natural que assim o seja. Se está sendo apreciada a constitucionalidade da lei em tese, é natural que a decisão



produza efeitos gerais, que atinjam a todas as pessoas. Como a lei é um ato normativo geral, a declaração da sua invalidade em tese tem, igualmente, efeitos gerais. Isso é da própria natureza do controle principal.

Desde a década de 1970, o Ministro Moreira Alves, considerado por mim e por vários outros estudiosos um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos, no exercício da suprema judicatura, demonstrou, com absoluta clareza, que o instituto da resolução do Senado suspensiva da execução das leis declaradas inconstitucionais, em última instância, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não se aplica às declarações de inconstitucionalidade do controle principal, justamente em virtude da eficácia *erga omnes* dessas decisões. Esse instituto foi introduzido no sistema de controle brasileiro pela Constituição de 1934, exatamente para tentar atenuar os efeitos maléficos da oscilação de jurisprudência, inerente ao sistema incidental difuso com efeitos *inter partes*, calcado no padrão clássico de fiscalização, de matriz estadunidense.

Embora o nosso sistema seja inspirado no modelo americano, é certo que está se europeizando velozmente. Nas últimas décadas, temos adotado inúmeras práticas advindas do modelo europeu. O elemento comprobatório mais contundente é a própria introdução da ação direta de inconstitucionalidade genérica, ocorrida em 1965, com a Emenda n. 16, à Constituição de 46. Observo, nesse ponto, que a dita “ação” interventiva ação não é. Não se trata de exercício de jurisdição, embora tenha inspirado a criação da ação direta genérica. Essa ação genérica, introduzida em 65, aproximou-nos ainda mais do modelo europeu. Mas, antes disso, o instituto da suspensão dos efeitos da lei inconstitucional pelo Senado, que não tem paradigma no sistema modelar europeu, revela uma preocupação com a uniformização das decisões, importando em certa reorientação de nosso sistema de fiscalização.

A partir de 1988, essa europeização se acentuou por meio de vários institutos. A abertura da legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade a tornou mais relevante, sob o prisma sistêmico. Se tal instituto assumia, até então, significado

marginal, adquire a partir daquela modificação importância bem maior. E a comprovação disso é de cunho estatístico. São mais de 4 000 (quatro mil) ações diretas propostas desde 1988, abordando os temas de maior relevância em nosso sistema jurídico. Hoje quase não há assunto dessa natureza que não tenha passado pelo crivo do STF, por meio de ação direta. E não é só isso. A própria introdução, mais recente, da súmula vinculante, notadamente se associada com a cláusula de repercussão geral, que é como tem funcionado o instituto, contribui para a aproximação de nosso sistema daquele de padrão europeu. Além disso, há que se mencionar a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, esculpida pela jurisprudência como uma espécie de ação direta subsidiária. Vejam que não estou discutindo se essa configuração é constitucional ou não, mas apenas constatando o que resultou da operação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal. Tudo isso mostra que há uma insatisfação com o modelo vigente, sendo reiteradas as tentativas de melhorá-lo, todas elas na linha de aproximar o nosso sistema do modelo europeu.

O que tenho assinalado, doutrinariamente, é que nós, brasileiros, temos que aprender a enfrentar os problemas utilizando os princípios fundamentais na matéria. Se há um sistema sancionatório que não é adequado, e ao longo do tempo já se demonstrou isso, não temos que ter receio de mudar o modelo, mesmo que isso implique a necessidade de algumas adaptações. Se o sistema sancionatório do vício de inconstitucionalidade não funcionou bem, tendo sido testado ao longo de muitos anos, em algum momento temos que reformá-lo. Note-se que os nossos antepassados não tinham tanto medo assim de mudanças. Na Constituinte de 34 houve uma proposta, discutida largamente, de adoção do modelo europeu no Brasil. Por que hoje, no século XXI, em que já estamos chegando a quase 100 (cem) anos da implantação da primeira Corte Constitucional europeia, ocorrida na década de 20, não podemos, por meio de emenda constitucional, promover a profunda reconfiguração de nosso sistema de fiscalização, aproveitando a experiência haurida da prática dos dois sistemas modelares? Essa, a meu ver,



seria a grande reforma do Poder Judiciário. Não seria mais uma reforma cosmética, mais uma reforma pontual, que, no fundo, nada altera de significativo.

O mesmo sucede com a reforma política. Fala-se muito da reforma política, mas qual é a proposta? A proposta é diminuir o calendário eleitoral, por exemplo. Não estou dizendo se é bom ou não, mas não é um aspecto fundamental. O que é fundamental em nosso sistema político? O sistema eleitoral. O sistema eleitoral proporcional brasileiro, de voto aberto nos candidatos registrados pelos partidos, praticamente não encontra paradigma no mundo democrático. Somente a Irlanda adota algo semelhante e é sempre citada. Isso não existe em praticamente nenhum outro lugar. O voto distrital é o modelo majoritário. É o que é adotado nos Estados Unidos, na Alemanha, na França, na Inglaterra, na Itália, etc. Então, por que manter o modelo brasileiro? Defendo que devemos pensar seriamente na alteração do sistema eleitoral, o que seria uma reforma fundamental. Também há a cláusula de barreira em relação aos partidos, para evitar a pulverização da representação partidária no Parlamento. Esses são temas efetivamente importantes. A mesma coisa se pode dizer em relação à reforma do Judiciário, da qual jamais nos desvencilhamos. Ora se propõe que o agravo de instrumento fique retido nos autos, ora que suba em apartado. Esse, entretanto, não é o ponto.

O sistema de controle é um aspecto fundamental, na medida em que envolve matéria constitucional. Ainda mais em um país que adota uma Constituição analítica como a nossa. E o que se verifica é a insatisfação em relação a dois aspectos basilares do sistema: a sanção de nulidade e a difusão, associada, em regra, à eficácia *inter partes*. Ao consagrar a difusão, criou-se uma barreira à adoção da sanção de anulabilidade. E é fácil entender isso. Basta pensar no direito privado. Diante de um contrato entre várias partes, como um contrato de sociedade, por exemplo, que envolve partes múltiplas, o que é preciso fazer para anulá-lo judicialmente? Trazer todos os sócios para o processo, em litisconsórcio necessário, de modo a se obter uma solução uniforme, porquanto não é possível anular o contrato para um sócio e mantê-lo válido para os outros.

De igual modo, não é possível anular uma lei para alguns e não para outros. Ou seja, cuidando-se de decisão desconstitutiva, não se admite a desconstituição para alguns e não para outros. Logo, a anulação de atos legislativos exige a concentração da competência de controle. Não é assim com a nulidade, que opera de pleno direito.

Como opera de pleno direito, o sistema aplica a sanção automaticamente. A identificação da sanção é que gera certa equivocidade. O juiz vai apenas verificar se o sistema aplicou aquela sanção ou não, declarando uma ou outra situação. Ao declarar a nulidade, um juiz pode se equivocar. Um magistrado entende que incidiu a sanção e outro não concorda com isso. Não se trata de fenômeno muito diferente do que acontece com a revogação, que também opera de pleno direito. Quando uma lei é revogada por outra porque é incompatível com ela, isso ocorre de pleno direito. Um juiz pode entender que houve e outro entender que não houve a revogação. Esse tipo de variação de entendimento é natural no instituto da revogação e na sanção de nulidade. Mas não é natural na sanção de anulabilidade, que foi imaginada por Kelsen exatamente para evitar a oscilação. Como é o ato jurisdicional que desconstitui a lei, ele o faz para todos, exigindo, portanto, a concentração da competência. Se, no Brasil, criticamos a sanção de nulidade porque gera certa oscilação quanto ao reconhecimento da validade da lei impugnada, isso significa que temos que mudar o sistema de controle. Ele não pode ser mais o difuso, exigindo-se a concentração da competência de controle. Esse é o mais importante eixo de discussão do controle de constitucionalidade no Brasil. Se a percepção é a de que o sistema sancionatório está perfeito e dele não queremos abrir mão, então podemos conviver com o sistema como ele está. Se, entretanto, há um consenso no sentido de que a nulidade é radical demais, a conclusão é diametralmente oposta.

A maior prova de que se reputa inadequada a radicalidade da sanção de nulidade é o sucesso que fez o artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99. Na sanção de anulabilidade, é natural a modulação dos efeitos temporais da decisão de controle. Quando se anula um ato, e aí invoco a Teoria Geral do Direito, pois isso vale para qualquer



anulação, a pergunta que se põe é: essa anulação vai produzir efeitos daqui para a frente ou serão apagados os efeitos passados do ato anulado? Todos eles ou só alguns? O que significa isso? Calibração de efeitos temporais. O mesmo se dá com o juiz constitucional. Nos Tribunais Constitucionais europeus, mesmo que a lei não diga, admite-se a modulação de efeitos, porque é da natureza da sanção da anulabilidade. Entretanto, a calibragem não é da natureza da sanção de nulidade. Ensina-se, desde o primeiro ano de faculdade, que “o nulo não gera efeitos”, a não ser excepcionalmente, em algumas hipóteses raras de convalidação. No Brasil havia uma insatisfação em relação a isso. Qual era a solução? Alterar o sistema sancionatório. Qual foi a solução adotada? Introduzir a modulação de efeitos. Tenho feito a crítica reiteradamente. Se o objetivo era introduzir a modulação, deveria ter sido elaborada uma emenda constitucional alterando o sistema sancionatório. Não sou contra a introdução do instituto, sou a favor, porém com a observância da forma adequada. Da maneira que se fez, a reforma acabou sendo impugnada por ação direta de inconstitucionalidade, a qual, a meu juízo, é de absoluta procedência. Aliás, o único voto dado até hoje nessa ação foi o do Ministro Sepúlveda Pertence, exatamente nesse sentido. E note-se que a ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não por um desses partidos de aluguel. A exceção à regra (implícita) da nulidade tem que ter porte constitucional. Os que defendem a introdução da modulação de efeitos pela via legislativa ordinária dizem que é da natureza da sanção, mas não é. É da natureza da sanção de anulabilidade; não da sanção de nulidade. Em Portugal, que também adota a sanção de nulidade, existe norma similar de calibração. Em que nível? No nível constitucional. Está na Constituição portuguesa. Aliás, está consignado na Constituição portuguesa na sua redação originária.

No Brasil, não se adotou a medida sequer por emenda à Constituição e sim por lei ordinária. Isso mostra, a meu ver, a insatisfação com a sanção de nulidade. O que se quer consagrar é um consectário da sanção de anulabilidade, a modulação. É de se observar, ademais, que o instituto foi contemplado em uma lei que dispõe sobre o controle abstrato de normas. A Lei n. 9.868/99

regula o procedimento e o julgamento das ações diretas, vale dizer, da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Esse diploma legal não dispõe sobre o controle incidental de constitucionalidade. Ora, o *leading case* da aplicação do artigo 27 foi um acórdão proferido em sede de controle incidental. E isso mesmo antes do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, que continua pendente. Bem, tal procedimento era uma prerrogativa do Supremo, mas, a meu ver, o mais lógico seria o Supremo primeiro julgar essa ação e, depois, aplicar o artigo 27. No entanto, aplicou a disposição em um caso concreto, ou seja, em um caso em que não cabia a aplicação do artigo 27. Era uma ação civil pública envolvendo o número de vereadores em câmaras municipais. Não importa se o mérito da ação era procedente ou não, o certo é que se entendeu que haveria um problema, porque as leis e demais decisões das câmaras de vereadores seriam questionadas. Portanto, o primeiro equívoco é que se aplicou o dispositivo em um recurso extraordinário interposto em ação civil pública, ou seja, no controle incidental, ao passo que a lei dispõe sobre o controle abstrato de normas.

Por que há um segundo equívoco? Porque não era necessário fazer isso. De fato, já de muito tempo, o Supremo Tribunal Federal, no plano da sanção de nulidade, havia estabelecido um meio de atenuação de seus efeitos draconianos. Por exemplo, figure-se uma lei que aumente os vencimentos de funcionários públicos. Os funcionários recebem esse aumento de boa-fé, pois, afinal, há uma lei dispendo nesse sentido. Entretanto, essa lei é questionada e declarada inconstitucional. Os servidores beneficiários, que receberam de boa-fé essas parcelas remuneratórias, de natureza alimentar, pois para sobreviver dependem dos respectivos vencimentos, estão obrigados a devolver o que receberam a mais em virtude da declaração de inconstitucionalidade? O Supremo já havia decidido inúmeras vezes que não. Aqui há uma espécie de, por assim dizer, ponderação entre o princípio da supremacia constitucional e outros princípios, como é o caso da boa-fé ou da não repetição de pagamento alimentar, ou ainda de outros que poderiam ser aqui mencionados. Observe-se que não é o princípio da nulidade que é



ponderado, mas o princípio da supremacia, que está por trás da sanção de nulidade.

Bem, nessa situação, o Supremo já havia feito a distinção entre a inconstitucionalidade em abstrato e os efeitos em concreto de uma determinada situação de inconstitucionalidade. A Corte não dizia com isso que aquela lei inconstitucional gerava efeitos e sim que determinadas situações concretas tinham que ser preservadas. Ou seja, se uma sentença transitou em julgado, posso não admitir ação rescisória dizendo que a maneira de ver o confronto entre lei e Constituição era razoável, com a manutenção dessa aplicação, mesmo depois de ser a lei julgada inconstitucional em sede de controle abstrato. Isso não significa que a lei nula tenha efeito e sim que a decisão judicial tem determinados efeitos que, sob certas circunstâncias, devem ser prestigiados. Ou seja, o Supremo Tribunal já havia engendrado essa solução há muito tempo. Podia, inclusive, aplicá-la ao caso dos vereadores de Mira Estrela, o município envolvido que se tornou famoso exatamente por esse caso. Aliás, isso mostra que a decisão, naquele momento, fez parte de uma estratégia, pois, se fosse um município de maior porte, certamente não teria sido aplicado o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, em face da possibilidade de maior discussão. Imagino que se tenha pensado em aplicar a polêmica disposição, inicialmente, a um caso corriqueiro, sem grandes questionamentos, para, depois, se generalizar a sua aplicação.

Seria essa a maneira de se fazerem reformas no Brasil, a de um autêntico *uti possidetis*? Aplica-se um dispositivo inconstitucional centenas de vezes e, depois disso, ninguém mais questiona se é mesmo inconstitucional ou não, em face da aplicação reiterada? Faz-se largo uso da norma inconstitucional para ver se ninguém mais questiona a sua validade? Devo dizer que não vou desistir de sustentar a inconstitucionalidade do artigo 27, pois entendo que precisamos aprender a fazer reformas de modo correto, no caso em questão por meio de emenda à Constituição. Poder-se-ia pensar que sou contra a modulação. Ao contrário, não há quem seja mais favorável ao instituto do que eu. Porém, sou a favor da modulação pelas vias legítimas: faz-se a emenda, adotando o modelo europeu

de concentração das decisões de controle. Estarei na primeira fila para aplaudir. Todavia, não concordo que se façam reformas importantes como essa, de modo oblíquo. Os fins não justificam, os meios, inclusive em matéria de controle de constitucionalidade, objetivando alcançar fins nobilíssimos. Atribuir certa flexibilidade ao sistema sancionatório, com maior preservação da segurança jurídica, da isonomia, nisso estou inteiramente de acordo.

A outra tentativa, mais recente, de resolver os problemas de nosso sistema de controle é a de avançar naquilo que começou com a introdução da norma agasalhada, atualmente no inciso X, do artigo 52, da Constituição, com a generalização dos efeitos das decisões. Muito bem, é certo que existe o controle abstrato, que produz decisões com efeitos *erga omnes*, porém nem todas as situações são por ele colhidas. Nosso instrumento básico de fiscalização, apesar de todo o crescimento do controle abstrato, continua sendo o incidental. Em termos numéricos, quantas declarações de inconstitucionalidade não são feitas incidentalmente, sem sequer chegar ao conhecimento do Supremo? Hoje, não é tanto assim porque foi alargada a via do recurso extraordinário, na medida em que sempre se pode alegar ofensa à Constituição, sendo que o Supremo tem muita boa vontade em reconhecê-la, porquanto almeja exercer, em toda a sua potencialidade, o papel de guardião da Constituição. Logo, ele admite o conhecimento desses recursos, atribuindo-lhes repercussão geral. Mas, de qualquer forma, o modo incidental de controle continua sendo extremamente relevante.

A atribuição de efeitos *erga omnes* às declarações incidentais de inconstitucionalidade enfrenta obstáculos, pois o Senado tem que editar a resolução suspensiva, após ser comunicado pelo STF. E há uma prática já longínqua do Senado, no sentido de entender que essa competência é discricionária. Destarte, o Senado não está obrigado a emprestar efeitos gerais à decisão do Supremo. Ou seja, pode suspender ou não a lei declarada inconstitucional. O Senado tem que observar a decisão do Supremo, tal qual prolatada, mas não é obrigado a generalizá-la. Isso, inclusive, já foi aceito pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Logo, o preceito do inciso X, do artigo 52, não é satisfatório. Tanto não é satisfatório que quase não



tem sido mais usado com frequência, sem haver sido revogado. Daí a tentativa de encontrar outro caminho para reconhecer a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle incidental.

Qual seria a maneira adequada de fazer isso? Reforma da Constituição, é claro, mais uma vez. Na Europa, é o que decorre do sistema, porque ali se concentra a competência de fiscalização em um único órgão. Mas, no Brasil, mesmo sem concentrar essa competência, não se poderia instituir um incidente de inconstitucionalidade, por meio do qual o Supremo conhecesse desde logo questões de constitucionalidade suscitadas em concreto? Por sinal, existe uma proposta da emenda constitucional nesse sentido. Sem emendar a Constituição, no entanto, não há como fazer isso, a não ser rasgando a Lei Maior.

Em simpósio realizado em abril de 2010, em Portugal, o Ministro Eros Grau, talvez já se valendo das prerrogativas de quem está se despedindo da Corte e pode cometer algumas inconfiências, diante de um plenário estupefato composto de brasileiros e portugueses, sustentou a tese da mutação no tocante ao instituto da resolução senatorial suspensiva da execução de lei declarada inconstitucional. Esse caso, provavelmente conhecido por todos, envolveu aquela discussão constitucional acerca da progressão no cumprimento de pena em relação aos crimes hediondos, já que o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, proibia a progressão, discutindo-se se isso era constitucional ou não, em face do princípio constitucional da individualização da pena. No *Habeas Corpus* n. 82.959-7, de São Paulo, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, o Supremo declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo. Um Juiz de Execuções do Acre, que certamente frequentou boas lições de Direito Constitucional, dissentiu desse entendimento. Afinal, decisões de inconstitucionalidade adotadas no controle incidental produzem efeitos *inter partes*. Portanto, sustentou que poderia decidir de acordo com a sua convicção, que era a de que o dispositivo não padecia de inconstitucionalidade, razão pela qual não concedeu ao sentenciado a progressão da pena. A parte interessada interpôs reclamação junto ao Supremo. Essa reclamação é a de n. 4.335, do Acre, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, figurando, na verdade,

como reclamante a Defensoria Pública da União, que representava o interessado. O Ministro Gilmar, que é o relator dessa reclamação, defendeu a necessidade de se compreender o inciso X, do artigo 52, da Constituição, a partir da ideia de que sofreu mutação constitucional. Essa tese da mutação obteve a adesão do Ministro Eros Grau e ele expôs isso durante o simpósio de Direito Constitucional que houve em Portugal, em abril do ano passado.

Vou tentar reproduzir o pensamento do Ministro Eros Grau, já que presenciei a defesa de seu ponto de vista. O Ministro disse que não se tratava de mudança na interpretação do artigo 52, inciso X, e sim de reescrevê-lo. Não demorou muito para alguém questionar que o que se estava a dizer é que o Supremo pretendia praticar uma inconstitucionalidade, porquanto os seus membros não têm competência para reescrever a Constituição, mas apenas para interpretá-la. Ou seja, estaria sendo proposta uma mutação inconstitucional.

Com efeito, é o que me parece. O artigo 52, inciso X, da Constituição é claríssimo e vem sendo interpretado e aplicado de longa data, não dando margem ao que se propôs, que esbarra no limite da textualidade, como dizem os alemães, com Konrad Hesse à frente. Ou seja, há um limite à interpretação, que é o limite da textualidade. Quando o texto não permite outra solução, não só levando em conta o elemento gramatical, mas todos os demais, não há o que fazer. Nos casos em que o Senado intervém, editando aquela resolução, seria só para atribuir publicidade à declaração de inconstitucionalidade? Isso implicaria converter o Senado em cartório de publicações, autêntica sucursal do Diário Oficial da União. É evidente que isso é inaceitável do ponto de vista da interpretação constitucional, do jogo das instituições. Se não mais se aceita o efeito *inter partes* no controle incidental, vamos mudar isso, mas aprovando proposta de emenda. O desdobramento desse caso, só para satisfazer a curiosidade daqueles que não o acompanharam, registra dois votos no sentido contrário, do Ministro Sepúlveda Pertence e do Ministro Joaquim Barbosa, tendo havido a suspensão do julgamento em face de pedido de vista do Ministro Lewandowski.



Depois disso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 26, do final de 2009, que diz o seguinte: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Isso mostra muito bem a que veio a súmula vinculante. Já que não deu certo a proposta de mutação constitucional, adotou-se nova estratégia, no sentido de generalizar os efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade por meio de súmula vinculante. A súmula, em si, é um instrumento constitucional, que foi introduzido por emenda à Constituição e que tem as suas virtudes. O problema da súmula vinculante, ora apenas esboçado, pois não vou ter tempo para desenvolver o assunto, é o enrijecimento que produz em um sistema de *civil law*, como o nosso. Vejamos qual é a técnica que o Supremo adota: filtra, através da repercussão geral, as questões mais relevantes e, depois de decididas nos julgamentos dos respectivos recursos extraordinários, edita súmulas vinculantes, porquanto as decisões desses recursos não teriam efeitos vinculantes. Portanto, há um conjunto de instrumentos que operam com a mesma finalidade, que é a tentativa de superar o problema dos efeitos *inter partes* nas decisões de constitucionalidade preferidas na via do controle incidental. No entanto, a súmula vinculante apresenta efeitos colaterais. Eu diria, metaforicamente, que é como se, diante de uma doença importante, surgisse um novo e promissor medicamento, no caso, a súmula vinculante, mas com efeitos colaterais perversos. Ou seja, se houver outro remédio sem os mesmos efeitos colaterais, devemos optar por ele.

Minha principal objeção à súmula é que ela pode causar prejuízos relevantes ao nosso sistema jurídico, sem embargo dos seus benefícios. Quais são esses problemas? Um deles, por mim explorado em outra passagem, é o incentivo ao ativismo judicial. Por meio da súmula, atribui-se competência normativa a órgão jurisdicional, que passa a não saber mais se atua como juiz ou legislador.

Nesse caso, não se cuida do legislador negativo e sim do legislador positivo, que dita a norma. Segundo efeito colateral, a súmula vinculante é norma e, sendo norma, está submetida, necessariamente, ao processo interpretativo. O Ministro Eros Grau, aliás, disse isso com absoluta correção. Não estamos mais diante de súmula de orientação. Para essa, valia a observação do Ministro Victor Nunes Leal, de que súmula não se interpreta, se aplica. Referia-se ele à súmula de orientação jurisprudencial. Essa espécie de súmula, ou reflete adequadamente a jurisprudência dominante ou não, ela não é passível, por exemplo, de interpretação redutiva. Já no caso da súmula vinculante, está ela sujeita a interpretação, gerando, fatalmente, dissídios exegéticos.

Ora, o Supremo Tribunal enfrenta a seguinte situação: se pretender editar súmulas para equacionar o problema dos efeitos *inter partes* no controle incidental, terá que editar muitas súmulas, centenas delas. Nessa hipótese, a pilha de recursos extraordinários diminuirá e aumentará a pilha de reclamações, em proporção talvez superior. Por quê? Porque o recurso extraordinário conta com um sistema de filtragem nos tribunais de base, enquanto a reclamação ingressa diretamente no protocolo do Supremo. Considere-se a Fazenda Pública. Aqui fala alguém que ocupa o posto máximo da Fazenda Pública no Estado de São Paulo. O advogado público tem as suas contingências, sendo, por vezes, mais difícil justificar a não interposição de uma medida do que lançar mão dela desde logo. São inúmeras as reclamações no protocolo do Supremo. Quanto maior a quantidade de súmulas, maior a quantidade de reclamações. A súmula, por conseguinte, não resolverá o problema do congestionamento de processos no âmbito do Supremo. Ao contrário, possivelmente o agravará. Há ainda o fato de se tratar de um instrumento exótico, no tocante à nossa tradição jurídica. Mais uma vez a metáfora: uma planta exótica inserida em jardim tropical acabará proliferando de forma descontrolada, o que causará problemas ambientais.

O mesmo sucede em relação às distorções provocadas pelas súmulas vinculantes. Nosso sistema jurídico é extremamente rígido, na medida em que é essencialmente legislativo. O que a súmula faz?



Enrijece o que já é rígido. Por que o precedente vinculante do sistema anglo-saxônico funciona bem? Porque atribui certa rigidez ao que é muito flexível, pois ali há menos leis, por isso a necessidade de mais estrutura, o que é providenciado pela jurisprudência, a principal fonte normativa. Logo, há diversos problemas trazidos pelas súmulas vinculantes, seja em relação ao funcionamento do sistema jurídico, ao ativismo judicial, ao volume de processos, seja em relação a várias outras questões que não vou mencionar aqui, mas que mostram que, embora possam atenuar um pouco a variação da jurisprudência em controle incidental, elas acarretam efeitos colaterais negativos importantes.

Daí a minha proposta: em vez de fazer tudo isso, por que não se faz de uma vez por todas a migração para o sistema europeu, concentrando a competência de controle? Dirão alguns, sob inspiração nitidamente corporativista, que isso vai retirar poder do juiz de primeira instância ou dos tribunais inferiores. A minha resposta é que isso não afetará, significativamente, um poder que hoje quase não existe, dada a largueza do recurso extraordinário em matéria constitucional, que torna juízes e tribunais de base autênticas instâncias de passagem. Com efeito, em matéria constitucional, os advogados, públicos ou privados, pretendem dos magistrados, de primeiro ou de segundo grau, que apenas decidam com rapidez, já que a controvérsia somente será decidida, definitivamente, no Supremo Tribunal e, talvez, gerando a consolidação do entendimento em texto sumular. Portanto, na verdade, a alteração por mim propugnada não retira poder das instâncias judiciárias inferiores. Ao contrário, passarão elas a desempenhar um papel de filtragem fundamental ao sistema, como ocorre na Europa.

Novas reflexões sobre a assim denominada relativização da coisa julgada

Palestra apresentada no curso “Atualidades em processo civil”,
no auditório da EMAG, em 18/08/2010

FLÁVIO LUIZ YARSHELL*

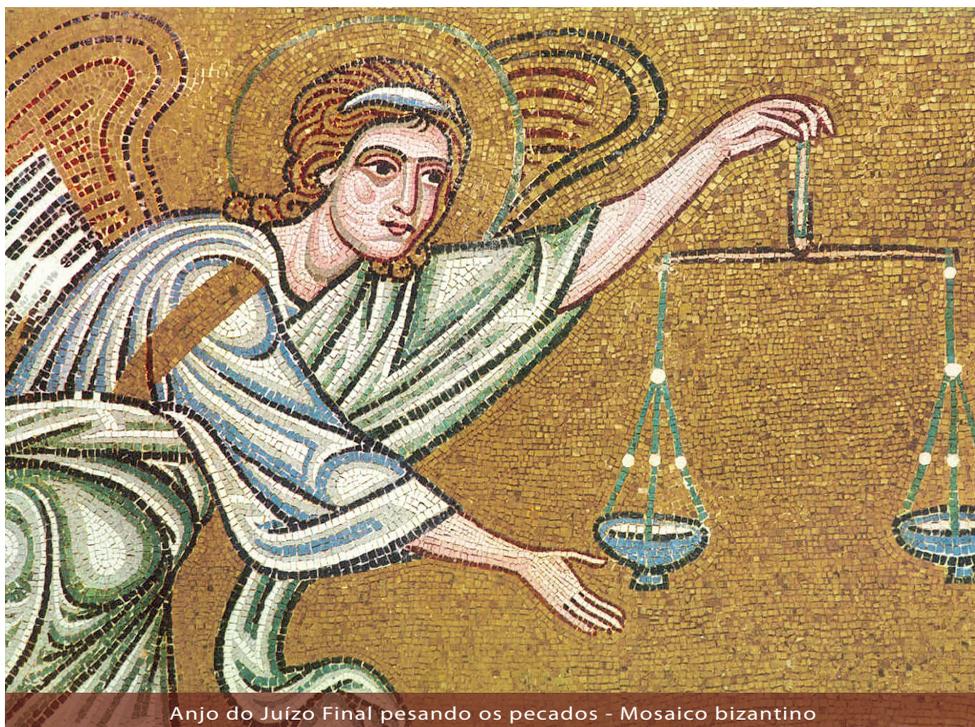


EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Novas reflexões sobre a assim denominada relativização da coisa julgada



Anjo do Juízo Final pesando os pecados - Mosaico bizantino

O tema da relativização da coisa julgada é dos mais relevantes. Estatisticamente, preclusão e coisa julgada – que não deixa de ser uma preclusão – estão entre os mais abordados pela doutrina. E, dentro desse grande tema que é o das preclusões e da coisa julgada, destaca-se o da chamada relativização da coisa julgada, que será objeto deste artigo.

Fazendo um breve plano do que pretendo abordar neste texto, farei primeiro uma consideração estrutural, tratando dos escopos da jurisdição, especialmente da tensão existente entre os escopos jurídico e social. Em um momento seguinte, abordarei as hipóteses em que o sistema já prevê a relativização da coisa julgada. Posteriormente, chegarei ao ponto que talvez seja o mais

interessante dentre os três, que é o das formas pelas quais se pode operar a relativização, cabendo ressaltar desde já que a análise de um processualista sobre esse último ponto, por envolver o chamado princípio da proporcionalidade, é deficiente, uma vez que este envolve conhecimentos, sobretudo, dos direitos constitucional e administrativo.

Passando ao primeiro daqueles pontos, é necessário dizer que o estudo das teses de relativização da coisa julgada passa necessariamente pela tomada de consciência sobre um aspecto fundamental do direito processual: o conflito entre os escopos social e jurídico da jurisdição. O processo civil – ou, mais corretamente, a jurisdição – oscila, principal ou exclusivamente, entre dois escopos. O primeiro deles é o escopo jurídico, que, numa linguagem chiovenadiana, poderia traduzir-se como a atuação da vontade concreta do direito objetivo. Ou seja, a atuação das normas de direito material contidas no ordenamento, de maneira que a aplicação dessas normas seja tão fiel quanto possível ao estabelecido no ordenamento. O segundo escopo é o social, que nada tem de romântico, como poderia dar a entender a expressão “social”, mas é pragmático, científico, e se traduz na ideia de pacificação social que o provimento jurisdicional representa. Não se trata de pacificação psicológica da parte – que talvez seja até inalcançável –, mas de eliminação da controvérsia, por meio do que, conseqüentemente, se estabelece ou restabelece a paz social.

Em certa medida, esses dois escopos complementam-se, porque o juiz não pacifica de qualquer forma, mas sim mediante a aplicação do direito no caso concreto. A pacificação social, assim, é pautada pelas normas jurídicas. Por motivos óbvios, a eliminação da controvérsia não pode se dar a qualquer custo, mas deve ter lastro nas normas contidas no ordenamento jurídico.

Embora por essa ótica os dois escopos se complementem, é inevitável que, em certa medida, se repilam, porque, para atuar a vontade concreta do direito objetivo, é necessário tempo. Tempo para as partes apresentarem suas alegações, tempo para se produzir prova, tempo para se reverem decisões por meio dos recursos, etc. A análise desse último aspecto é bastante frutífera para



se demonstrar a tensão entre os escopos jurídico e social.

Se de um lado o recurso pode ser entendido como meio de protelação, de outro, do ponto de vista do escopo jurídico, pode funcionar como forma de aperfeiçoamento, de garantia de legalidade da decisão ou, dizendo de outro modo, como forma de alcance do objetivo jurídico.

Não se quer aqui defender o reexame necessário, mas, entre relativizar a coisa julgada depois do prazo de dois anos da ação rescisória porque se percebeu que algo muito grave aconteceu, ou manter mecanismos de controle de decisões que possam afetar a coisa pública – como é a função que, ao menos idealmente, possui o reexame necessário –, é preferível adotar esses mecanismos preventivos a comprometer depois a garantia constitucional da coisa julgada a pretexto de que a moralidade ou outro princípio constitucional foi afetado.

Por isso, é impossível afastar essa dicotomia a que aparentemente o projeto de novo Código de Processo Civil quer escapar. É desconsiderar esse problema porque decisões muito rápidas correm o risco de serem injustas. E decisões muito demoradas correm o risco de comprometer seu intuito social. É fundamental a percepção de que, sob esse viés, celeridade se opõe à justiça. Com a devida vênia, a dicotomia não é celeridade *versus* segurança, como se tem falado, porque celeridade, num certo sentido, até é complemento de segurança. Valendo-se da legislação eleitoral, para ilustrar, por que os prazos das ações eleitorais são exíguos? Sem fazer juízo sobre a exiguidade ser correta ou não, uma de suas razões consiste em que naquele âmbito há uma lógica de consolidação do pleito eleitoral. Celeridade, nesse sentido, conduz à segurança para que na próxima eleição não se discuta o que já foi consolidado no pleito anterior. Celeridade, portanto, pode estar a serviço da segurança: quanto antes se pacifica definitivamente, antes se obtém a segurança.

O problema – e o anseio pela relativização da coisa julgada põe isso em evidência – é o seguinte: se o sistema privilegia mecanismos de aceleração, isto é, se restringe mecanismos de aperfeiçoamento da cognição, é inevitável que se aumente o risco de se

proferirem decisões injustas, o que, de fato, pode ser uma opção voluntária do sistema.

É por isso que, repita-se, não adianta desconsiderar esse problema. Realmente, é estranho que, depois de mais de duas décadas de reformas do Código de Processo Civil, tenhamos nos preocupado em acelerar o processo civil e, de outro lado, seja questionada a qualidade das decisões. E aqui se pondera que é também curioso tentar dar um tratamento uniforme para o processo civil e para os seus problemas, dentre os quais o da relativização da coisa julgada, quando, na verdade, a realidade mostra – e o ordenamento responde dessa forma – que problemas afetos à Fazenda Pública acabam sendo tratados diferentemente pelo processo. Causa certa perplexidade afirmar que no Brasil não existe contencioso administrativo porque os litígios envolvendo o Estado são julgados pelo Poder Judiciário, e, ao mesmo tempo, verificar que existem regras diferenciadas para os processos que envolvem a Fazenda Pública. Essa constatação é relevante para este artigo porque o problema da coisa julgada e da sua relativização em boa medida aparece com mais intensidade quando se está diante do interesse público.

Aliás, a questão de se saber o que é interesse público e de quais prerrogativas ele deve gozar talvez seja uma das mais graves e delicadas do exercício da magistratura. É claro que o juiz não quer e não pode prejudicar o interesse público. Mas o que é interesse público? A ideia de interesse público precisa ser vista com certo cuidado, porque, embora ela deva ser protegida, não pode servir de discurso para o comprometimento de outros valores que são caríssimos ao sistema, como a segurança, por exemplo.

Isso é particularmente perverso em relação ao juiz. Por isso, então, a necessidade de uma construção teórica forte, de argumentos fortes. É preciso enfrentar o problema, que nos coloca diante da tensão entre justiça e celeridade. Se o sistema privilegia a celeridade, ele corre o risco de comprometer a justiça. E, quando essa justiça envolve interesse público, isso é tanto mais grave, mas talvez não seja fundamento suficiente para justificar a desconsideração da coisa julgada.

Adentrando o segundo tópico mencionado de início, é igual-



mente importante tomar consciência de que o sistema já dispõe de uma série de técnicas que, embora diversas entre si, tornam possível a relativização da coisa julgada. Igualmente interessante é notar que a coisa julgada é o ápice do fenômeno da preclusão (máxima preclusão) e que, enxergando o sistema criticamente, a preclusão vem sendo ao longo do tempo, ela própria, relativizada. Em matéria de Fazenda Pública, já é relativizada desde há muito. São, por exemplo, efeitos da revelia que não se produzem. São, também, consequências que não são impostas ao ente público em decorrência da inércia no processo.

De qualquer forma, o que parece – e o projeto de novo Código de Processo Civil aparenta reforçar essa percepção – é que há em certa medida uma atenuação ao longo do tempo do fenômeno da preclusão. É necessário analisar a questão sistematicamente. O ordenamento, mesmo fora do contexto da Fazenda Pública, evoluiu – não apenas com o Código de Processo Civil, mas também e sobretudo com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – e hoje possui um rol cada vez maior de matérias que são passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz, o que faz com que, em tese, a ideia de preclusão vá mesmo se perdendo.

O sistema, em certa medida, antes da formação da coisa julgada, já faz tempo está mais aberto ao conhecimento de ofício de matérias que tradicionalmente exigiam provocação da parte. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor caminharam para essa tendência. Em se tratando de Fazenda Pública, isso já existe. Prova disso é o reexame necessário ainda subsistir no ordenamento, o que indica a intenção do sistema de exercer o controle. Isso precisa ser considerado. Não é ainda a relativização da coisa julgada, mas a relativização do fenômeno preclusivo. E, num certo sentido, o reexame necessário, se não relativiza a coisa julgada, porque não permite a sua formação, condiciona a coisa julgada ao reexame, o que também é uma forma de controle.

Portanto, são mecanismos que, se funcionarem, podem ser excludentes deste mecanismo excepcionalíssimo e doloroso para o sistema. O problema é: qual o preço da relativização da coisa julgada para o sistema? Esta é a pergunta

que deve ser feita. É preciso ter visão sistemática.

De acordo com artigo publicado há alguns anos pelo Professor e Ministro Eros Grau na revista da Associação dos Advogados de São Paulo, a ideia de proporcionalidade e razoabilidade introduziu entre nós o juízo de equidade. Quando se fala em proporcionalidade de razoabilidade, na verdade se está tratando de equidade, isto é, de criar a regra do caso concreto. Juízo de equidade significa fazer a regra no caso concreto, o que não é o nosso sistema e tampouco é desejável. A judicatura deve ser exercida por meio da aplicação do direito à luz dos valores constitucionais, interpretando-se e conformando esses valores à luz da realidade. Não se trata de defender o legalismo, mas, muito mais do que isso, perceber que o Judiciário não pode realizar condutas discricionárias.

A maior forma de relativização da coisa julgada é, evidentemente, a ação rescisória. Há inclusive quem defenda que a previsão constitucional da ação rescisória inviabilizaria a relativização da coisa julgada por outros meios que não a ação rescisória, como, por exemplo, o recurso à ideia de proporcionalidade. Isso sob o argumento de que a solução do conflito de princípios – e esta é a construção do moderno constitucionalismo (Robert Alexy e Ronald Dworkin) – já teria sido promovida, *a priori* e em grau legislativo, pela Constituição, de tal sorte que as únicas hipóteses de relativização da coisa julgada seriam as traçadas taxativamente para a ação rescisória: ou cabe rescisória ou não cabe nada. Essa construção me parece razoavelmente sólida. O problema é que aparentemente algo falha. Por exemplo, em dada ação de desapropriação, é feito um laudo totalmente divergente da realidade e, após o trânsito em julgado e o decurso do prazo para a rescisória, a parte tem o direito de receber valor que não equivale à verdade, o que, para dizer pouco, é injusto. Falha algum mecanismo de controle a esse ponto. O mecanismo disponibilizado pelo sistema, a ação rescisória, deveria ser razoavelmente eficaz.

Um dos graves inconvenientes da relativização da coisa julgada é a circunstância de que muitas vezes compromete-se uma regra importantíssima, que é a de que órgão de grau inferior não pode rescindir decisão de grau superior. No julgamento do recurso,



a decisão de primeiro grau é substituída pela do tribunal, a do tribunal é substituída no âmbito dos tribunais superiores e, depois, em dado momento, isso simplesmente é desconsiderado, relativizando-se o juízo rescindente e, pior, o juízo rescisório. É feito um novo julgamento, desconsiderando-se tudo o que foi feito anteriormente. Embora possa parecer conservadorismo, isso representa um dano muito grande para o sistema.

Em certa medida, deveria haver ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória. Decisões interlocutórias que versam sobre mérito devem ser passíveis de rescisão desde que se tornem preclusas e não haja possibilidade de revertê-las ao ensejo da sentença. Decisões proferidas na execução ou no cumprimento da sentença também podem tratar do mérito. O mesmo deve valer para decisões que acolhem decadência ou prescrição. Prescrição que hoje – e já há algum tempo – é matéria de ordem pública. Até em processo cautelar, a depender da projeção de efeitos substanciais, pode haver julgamento de mérito. Todas essas hipóteses em que há julgamento do mérito ensejam ação rescisória, inclusive decisões que tradicionalmente não são tidas como rescindíveis. Por exemplo, decisões de inadmissibilidade de recurso; desde que a decisão atenda aos requisitos do art. 485, será cabível a ação rescisória. Um bom exemplo é o do erro de fato: o recurso não foi conhecido porque foi tido como intempestivo. Mas se o tribunal tivesse atentado para a circunstância não controvertida de que naquele suposto último dia não houve expediente forense porque foi feriado – matéria não controvertida ressaltada pela decisão –, ele não teria reputado o recurso intempestivo e teria julgado a apelação contra a sentença. Se levada às últimas consequências, a decisão de inadmissibilidade de recurso não é rescindível porque não é de mérito, mas ela permite que uma decisão de mérito e injusta sob esse enfoque projete efeitos para fora do processo. E há vários outros exemplos semelhantes, que não cabem ser tratados aqui.

Salvo melhor juízo, são infelizes duas propostas de alteração do Código a esse respeito. Reduzir a rescisória de dois para um ano é um erro, sob dois aspectos. Não que dois anos seja o ideal, pois o ideal nem se pode dizer qual seja. Mas, tomando-se como

parâmetro a experiência com o nosso ordenamento e analisando-se o direito de outros países, em certa medida, um ano é pouco; e, em outra medida, é muito. De todo modo, o legislador perde a extraordinária possibilidade de em alguns casos tomar o *dies a quo* da ação rescisória a partir da ciência ou da ocorrência do fato gerador do remédio excepcional. A experiência brasileira já nos deu essa lição e custa crer que o projeto de novo Código tenha ignorado isso. É o caso de documento novo e de prova falsa, como ocorre em alguns sistemas continentais europeus. Portanto, custa crer que não se adote essa possibilidade, depois de tudo o que se discutiu, por exemplo, em investigação de paternidade, em que o Superior Tribunal de Justiça, em exercício de elasticidade conceitual, adotou a posição de que laudo novo é documento novo, o que, com a devida vênia, é incorreto.

Outro aspecto que causa preocupação com o projeto de novo Código de Processo Civil é a alteração – desnecessária – da redação do que é hoje o art. 485, inciso V. Em vez de se mencionar *violar literal disposição de lei*, o projeto aduz à *violação manifesta* (art. 884, V: “*violarem manifestamente a norma jurídica*”). A palavra *manifesta* lembra a Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não se conhece do recurso extraordinário quando a interpretação dada à lei federal – na época em que o Supremo Tribunal Federal ainda apreciava violação à lei federal – for razoável, embora não seja a melhor.¹

Não se está defendendo a disseminação da ação rescisória. Mas há o receio de que se acabe restringindo-a – se é que é possível – um pouco mais. E aqui critica-se a proposta exatamente por essa razão, porque se é restringida a ação rescisória em matéria de interesses relevantes, posteriormente isso terá que ser corrigido. Seria melhor aprimorar a ação rescisória e, como se está diante de um processo legislativo em curso, agora parece ser um bom momento para isso. A ideia é melhorar a rescisória para que não seja necessário relativizar a coisa julgada por outros meios.

1- “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101,III, da CF”.



O sistema relativiza a coisa julgada, por exemplo, quando considera a sentença inexistente. Dizer isso e nada é a mesma coisa, devido à indefinição do conceito, pois tudo depende de como se define sentença inexistente. Se, por exemplo, for feita a opção de dizer que sentença que contrarie o interesse público é inexistente, volta-se à estaca zero. A doutrina, de modo geral, acaba sendo casuísta ao definir o que é sentença inexistente.

Inexistência se reconhece a qualquer momento, quer por meio de querela de nulidade, quer por meio de ação declaratória ou reconhecimento incidental. O problema é, repita-se, a definição do que é a inexistência processual. Também parece ser incorreto afirmar que, diante de decisão inexistente impugnada por ação rescisória, há carência de ação. A rescisória é, sim, meio cabível para se reconhecer a inexistência: se pode o mais, pode o menos. Nessa hipótese específica, é verdade, há um problema relevante de competência: ação declaratória de nulidade, por exemplo, deve ser julgada por juiz de primeiro grau, ao passo que a rescisória deve ser apreciada por um tribunal, embora seja preferível que qualquer demanda fosse conhecida pelo tribunal, provavelmente porque a decisão a ser reformada, pelo efeito substitutivo, é do tribunal. O sistema, portanto, já possui também esse controle nos casos de inexistência de citação e outros casos que seria recomendável restringir.

Há quem em doutrina chegue a sustentar – e, aparentemente, sem eco na jurisprudência – que decisões que reconhecem carência de ação seriam inexistentes, sob o fundamento de que, havendo carência de ação, não houve exercício do direito de ação. Esse é o ápice da teorização. Há também quem diga que decisões *extra petita* seriam inexistentes, porque não têm o pressuposto processual da demanda. *Data venia*, discorda-se dessa opinião. Nesses casos, demanda houve e o processo instaurou-se; se a sentença não foi fiel à demanda, é questão de adequá-la aos limites desta, ou seja, é caso de invalidade, que deve ser reconhecida por recurso. Mantido o vício, é cabível ação rescisória por violação a literal disposição de lei. Depois disso, não é mais possível impugnar o vício. O sistema precisa se estabilizar.

Não é possível alargar conceitualmente o conceito de inexistência, embora se saiba de todas as dificuldades que a teoria das invalidades possui. Tampouco é correto contaminar o conceito técnico de inexistência com algum componente ideológico. Não são inexistentes as decisões proferidas em desfavor do interesse público primário, porque, dentre outras razões, no caso concreto a distinção entre interesse público primário e secundário muitas vezes desaparece. Nas hipóteses em que se envolve interesse da pessoa jurídica de direito público, mais difícil se torna aquela diferenciação.

Pegue-se o exemplo da regra introduzida por medida provisória e que depois se transformou no parágrafo único do art. 741 – hoje o § 1º do art. 475-L –, que prevê a inexigibilidade das decisões inconstitucionais. Parece ser correto afirmar que, quando o juiz julga o pedido contido na demanda, está formulando a regra para o caso concreto. Operando-se a coisa julgada, opera-se a imutabilidade da regra para o caso concreto. O sistema tem que ser ágil o suficiente para fazer com que o controle de constitucionalidade evite essas decisões. Se ele não for ágil o suficiente, não parece ser correto desconstituir a decisão. Isso não é bom para o sistema. Na verdade estamos diante da rescisão através de embargos do devedor ou de impugnação. Mas de qualquer forma há uma norma posta, reiterada inclusive por reforma recente, e talvez ela já seja a válvula de escape necessária, sem precisar ele próprio fazer o controle da proporcionalidade. Isso confere conforto ao juiz, porque, na verdade, ele partiria da premissa de que a sentença está em desacordo com o controle de constitucionalidade feito pelo órgão competente. Autorizado pelo sistema que relativizou a coisa julgada, ele fez uma opção, que parece ser incorreta. Porém, é inegável que assim o juiz pode lícita e legitimamente relativizar a coisa julgada.

Esse dispositivo causa grande preocupação, porque a Constituição Federal é analítica, de maneira que, a todo momento, o juiz pode se deparar com matéria constitucional, com matéria que envolve princípios constitucionais. Claro que aqui, repita-se, salvo engano, é uma forma mais controlada de se atenuar ou relativizar a coisa julgada. Mas é uma forma importante e que no fim confirma a tese de que, fora das hipóteses já previstas de relativizar



zação da coisa julgada, não é possível que se afaste a imutabilidade que a autoridade da coisa julgada representa.

O importante é ter em mente – eventualmente tentemos tirar algum preconceito que possamos ter – que toda sentença contém em si uma cláusula *rebus sic stantibus*. A sentença é proferida para reger uma determinada relação jurídica. Se essa relação jurídica se exauriu, por ocasião da propositura da demanda e, conseqüentemente, ao ensejo da prolação da sentença, não mais se pode alterá-la, porque provavelmente o fato superveniente é irrelevante em relação a essa relação jurídica. Isso porque o sistema já é razoavelmente amplo em permitir que fatos supervenientes repercutam sobre decisões transitadas em julgado. Por exemplo, em matéria fiscal, durante muito tempo houve a discussão sobre a limitação da coisa julgada ao exercício fiscal. Mas, nesse caso, depende do objeto do processo e da decisão. Se a decisão nega a existência da relação jurídica débito-crédito, então ela não negou apenas em um exercício, mas, salvo melhor juízo, em toda a sua amplitude.

Chega-se finalmente à terceira e última parte deste artigo, que trata de um assunto sobre o qual o processualista não está habilitado a versar sem recorrer a outros ramos do direito. A questão é saber se, tirando todas essas formas de relativização da coisa julgada tratadas acima – que não são poucas e que talvez não sejam exatamente relativização da coisa julgada –, é possível invocar a proporcionalidade como justificativa para, depois do trânsito em julgado, desconsiderar-se a coisa julgada com o intuito de prevalecer o valor que teria sido preterido pela decisão.

Proporcionalidade, na realidade, é técnica de interpretação para verificação da constitucionalidade de determinadas normas ou atos, que envolve a tríplice, tradicional e clássica ideia de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Talvez, entre nós, na doutrina, quem melhor fez a leitura dos modernos constitucionalistas tenha sido o Professor Virgílio Afonso da Silva.

Nesses contornos, é até mesmo difícil compreender a amplitude da proporcionalidade. Embora já tenha escrito sobre proporcionalidade, admitindo-a, refiz parcialmente a minha visão sobre o

seu âmbito de aplicação. Considerando que foi inicialmente desenvolvida para controle de constitucionalidade de atos legislativos e de atos administrativos, fico em dúvida se seria aplicável ao controle de ato judiciário. O argumento histórico é pelo descabimento, mas ele não pode ser por si só o argumento definitivo. Afinal de contas, é a restrição às restrições. O que é a proporcionalidade? Na verdade, é controlar de que forma um ato que restringe direito fundamental pode prevalecer. Esta é a ideia, e não apenas a noção de fixar uma sanção proporcional ao ilícito, como, por exemplo, no caso de aplicação das sanções em ação de improbidade administrativa. Nessa hipótese, sem dúvida, a aplicação das sanções deve ser proporcional, mas isso não significa que se está empregando o princípio da proporcionalidade, isto é, que se está realizando método de controle da constitucionalidade que o referido princípio representa. É necessário que o princípio da proporcionalidade não seja mal-empregado, para que não seja banalizado e, assim, esvaziado o seu conteúdo.

Outra questão que surge é: qual é o princípio que há relativamente à coisa julgada? Uma das críticas teóricas feitas à impossibilidade da aplicação da proporcionalidade na relativização da coisa julgada é a seguinte: proporcionalidade se coloca no confronto de princípios, e não no plano das regras, de modo que não se poderia utilizá-la no controle da coisa julgada. Se a coisa julgada é positivada mediante uma regra, então, é um argumento em desfavor da aplicação desta técnica de controle de constitucionalidade, que seria, por vias reflexas, uma forma de controle de decisão judicial.

Agora, supondo que se esteja tratando de conflito de princípios e que a coisa julgada não seja esse mesmo princípio, o fundamento que lhe estaria ligado seria o da segurança. Contudo, segurança não é sequer um valor de mesma hierarquia que possa ser colocado no confronto de, por exemplo, moralidade. Na verdade, segurança jurídica é quase um suposto do sistema, de tal sorte que não se deve confrontá-la com outros valores. Para se admitir esse controle, deve-se admitir que, no caso concreto, se está diante de conflito entre princípios. Assim seria possível chegar a uma construção teórica que permitiria concluir que a segurança



poderia ceder – premissa da qual, contudo, aqui se discorda.

O problema é saber, afinal de contas, qual é a técnica que pode ser utilizada para relativizar, se é possível relativizar e se é possível invocar a ideia de proporcionalidade para tanto. Pelos motivos expostos acima, a resposta a que aqui se chega é negativa. Considerando todas as peculiaridades e os problemas envolvidos na questão, parece ser preferível tratar a rescisória com um pouco mais de largueza, permitindo-se, assim, a relativização da coisa julgada apenas no bojo desse remédio excepcional. Com todas as ressalvas feitas acima, essa opção parece ser melhor do que permitir a relativização de modo indiscriminado.

Administração da Justiça

Palestra apresentada no curso “O novo processo civil e a eficiência no Poder Judiciário”,
no auditório da EMAG, em 30/04/2010

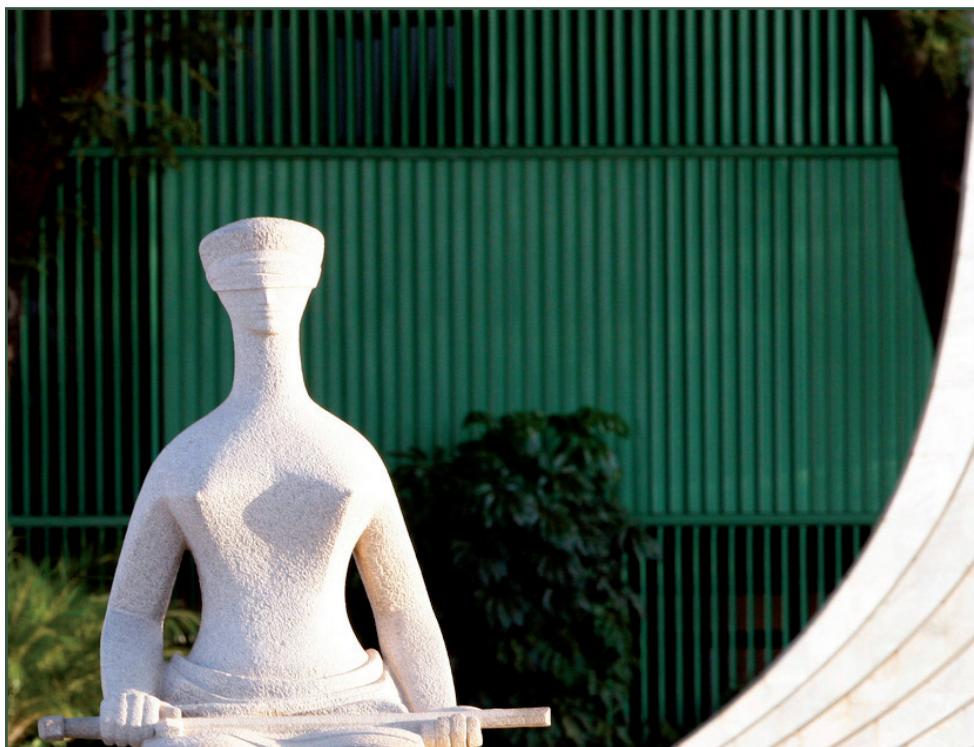
GILMAR FERREIRA MENDES*



EMAG
REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Universitat Munster (Westfälische-Wilhelms). Professor Adjunto da Universidade de Brasília e Docente Permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público. Fundador da Escola de Direito do Brasil.

Administração da Justiça



A administração da Justiça é certamente um tema que muito nos angustia, hoje, com questões como o acesso à Justiça, a realização do direito da distribuição adequada de recursos, a independência do Poder Judiciário. São questões correlatas e que suscitam inúmeras indagações relevantes. Todos nós, que integramos o Poder Judiciário, nos angustiamos com a eventual insatisfação na prestação do serviço jurisdicional, com as demandas que nos chegam e, por razões várias, não podem ser atendidas. E não são poucos aqueles que, entre nós, sentindo-se deprimidos, apontam um culpado fora do âmbito do Judiciário – este é um discurso muito comum no nosso meio. Em geral, dizemos que o Executivo e o Legislativo não têm

compreensão da dimensão dos desafios do Poder Judiciário e, por isso, não nos dotam dos devidos recursos. Esse é um dos argumentos bastante correntes entre nós e, de alguma forma, faz parte da nossa forma de viver. Muitos de nós entendemos que somos um pouco incompreendidos nesse contexto.

Por outro lado, também, ao longo de anos, acumulamos uma prática administrativa, e de distribuição de justiça, que segue uma lógica que se desenvolveu secularmente e que, muitas vezes, já não é mais condizente com aquilo que a própria técnica gerencial recomenda ou determina. Aí, certamente, também teremos bons argumentos para dizer que não se pode impor ao Judiciário um tipo de prática gerencial, que isto pode, na verdade, desnaturar o seu *ethos*, o seu modo de realizar as coisas e o sentido de realização de suas atividades. Para tudo temos respostas, podem talvez não ser as melhores, as mais adequadas, mas nelas encontramos um certo conforto espiritual.

O Brasil tem uma característica muito singular em relação a muitos países no que diz respeito à questão judicial e ao serviço judicial. Somos, vamos chamar assim, uma sociedade e eu diria, felizmente, muito dependente da atuação judicial. Esse é um lado positivo da nossa realidade, criamos uma cultura fortemente judicialista. Para nós, é uma barbárie, é uma heresia violar uma decisão judicial. A gente que percorre o mundo vê o que ocorre em vários países, aqui mesmo nos nossos vizinhos, que são nossos irmãos, mas que não servem de exemplo. Sabemos como é comum fazer determinada aposentadoria de um juiz, não de um juiz qualquer, de um juiz da Suprema Corte, vejam vocês que “agora, já não são mais catorze, são sete”. Isso ocorreu na Argentina de Menem, não faz muito tempo. Não estamos a falar de juiz federal de primeiro grau, estamos a falar de juízes da Suprema Corte, quando, em alguns países, não se determina a prisão de juízes. E isso, de alguma forma, é tolerado pela sociedade.

Nós não criamos ao longo do tempo uma cultura fortemente judicialista, de fortalecimento da própria independência judicial. Tivemos os nossos percalços, questão do AI-5, a suspensão das garantias judiciais, mas ainda aqui fomos formalistas ao dizer



expressamente que faríamos essa suspensão no texto constitucional. Portanto, temos uma cultura fortemente judicialista e, de alguma forma também, por razões várias, nos tornamos muito dependentes da atuação do Judiciário. Basta ver que, no ano de 2008, 70 milhões de processos tramitaram na Justiça do Brasil. E dados, ainda que provisórios, indicam que, em 2009, teríamos tido a tramitação de 80 milhões de processos. Nós estamos a banalizar, mas isso significa que, talvez, a cada dois ou três cidadãos, temos um processo judicial, e cada família brasileira tem um processo na Justiça.

O lado negativo desta tradição judicialista é que transformamos qualquer questão num processo, e os paradoxos se ampliam, por razões várias que todos conhecem e a que estão acostumados. O próprio Estado – e também as grandes corporações, com o tipo de conduta, talvez aproveitando-se do modelo tábula rasa do cumprimento das decisões judiciais em termos de princípio – passou a exigir decisões singularizadas, decisões individualizadas. Em outras palavras, quem não fosse à Justiça não teria reconhecido o seu direito. Por isso, essa multiplicação de processos que tivemos. Por muitos anos, e não me espanto – a juízes não se pode falar dessa realidade, porque é algo mais ou menos trivial de seu afazer –, no próprio Supremo Tribunal Federal, tivemos a média indecente, diria eu, para uma Suprema Corte, de 100 mil processos por ano, o que permite piadas do tipo: “qual é o tempo que se leva para decidir um processo? Um minuto, um segundo, supondo que ninguém saia para almoçar, nem para jantar”. É claro que esse é um modelo distorcido.

Por que se chegou a esse grau de irracionalidade? Talvez pela hipertrofia desse modelo judicialista, de certa forma. Estados, o Estado, corporações investiram muito, especialmente no contexto inflacionário; era adequado adotar esse tipo de pensamento. Aqueles que vão à Justiça podem obter algum resultado, aqueles que não forem à Justiça não colherão qualquer pretensão. Era uma aposta. Daqui a pouco o guichê se fechava, com os ritos de preclusão e, portanto, acabava-se vendo proveito nessa forma de conduta, numa pura teoria dos jogos. Essa distorção fez com que

tentássemos responder a essa demanda. É claro, a sociedade se torna mais consciente e ela passa a buscar mais proteção. Daí a avalanche de demandas, a ampliação do número de processos, que a gente já percebe no final dos anos 70 e também nos anos 80.

Por outro lado, no Supremo Tribunal Federal, e essa tradição é antiga, em vez de trilharmos o caminho da ideia do efeito vinculante, da ideia das decisões com efeito transcendente, tentamos nos proteger mediante, vamos chamar assim, a tecnocratização do recurso extraordinário, tornando-o cada vez mais especial. Fazer chegar ao Supremo um recurso extraordinário tornou-se uma façanha digna do sujeito que sabia ler estrelas, tal a dificuldade de viabilizá-lo. Foi a forma de defesa que o Tribunal encontrou. Quando esse recurso extraordinário era admitido e julgado e, portanto, firmada uma posição, essa decisão valia apenas para as partes, não abrangia os outros interessados. Mas o recurso, então, não foi conhecido por algum déficit técnico. Então, vamos ter algum tipo de acúmulo, novas ações, ações rescisórias, etc.

O sistema foi engendrado com base, vamos chamar assim, numa racionalidade que produziu uma série de irracionalidades. Lidávamos já nos anos 60 com aquilo que se chamava de crise do recurso extraordinário na forma de responder a esse problema. Trouxemos depois a súmula do Supremo Tribunal Federal, mas essa crise se tornaria muito séria nos anos que se seguiram, especialmente após 1988. Decisões do Supremo continuam a valer com eficácia inter partes, dizia-se. Houve até uma ilusão no momento constituinte, aquele momento realmente pronto, adequado para utopias, é natural que assim seja. Em vez de tentar responder à questão do papel do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à gestão dos processos com o modo que se tornou tradicional no mundo – uma corte constitucional que decide com efeito vinculante –, o Brasil produz coisas notáveis, todos sabem, e a gente não vai falar sobre isso, mas produz também coisas singulares.

No Brasil, por exemplo, ainda hoje a gente encontra pessoas que defendem uma corte constitucional. “Não, o Supremo tem que ser uma corte constitucional.” A própria Ordem dos Advogados, em algum momento, defendeu essa tese. Mas uma corte constitu-



cional que não decida com efeito vinculante, isso é pura jabuticaba, só existe no Brasil e não é bom. Corte constitucional que decide – não estou falando da jabuticaba, estou falando do modelo –, corte constitucional que não decide com efeito vinculante não é corte constitucional por definição. Estávamos querendo fazer coisas totalmente diferentes e, em relação ao papel do Supremo Tribunal Federal, o que se pensou é que o Supremo está sobrecarregado. Agora vai cuidar apenas de questões constitucionais, não haverá decisão com efeito vinculante. O Tribunal desenvolverá isso posteriormente nos processos objetivos, mas no RE não haverá decisão com efeito vinculante. Para essa sobrecarga que advém do direito federal, cria-se o STJ. Os dois tribunais, então, vão poder funcionar satisfatoriamente, sem restrição de acesso. Este era um momento, um desenho utópico do momento constituinte. O resto da história, todos já conhecem. Depois dos anos 2000, o Supremo passa a receber continuamente, por ano, 200 mil, 100 mil processos, 160 mil, salvo engano, em 2002. O STJ também entra numa crise avassaladora. Era fácil prever que seria assim, se não houvesse requisitos de admissibilidade adicionais.

Se o Supremo já lidaria com desafios enormes, com uma constituição extremamente analítica, que dirá o STJ, que teria como parâmetro de controle todo o direito federal, todo o direito federal ordinário. Estimativas mais ou menos desorganizadas dizem que nós temos em vigor no Brasil algo em torno de 10 mil leis federais. Não estamos a falar de decretos, não estamos a falar de portarias, só isso já seria suficiente para deixar um pouco preocupado quem tem a responsabilidade de uniformizar a interpretação do direito federal ordinário. Então, vejam o quadro de irracionalidade que produzimos em termos de sistema de uniformização de jurisprudência, seja no âmbito do Supremo, seja no âmbito do próprio STJ. Por isso entramos nessa crise de racionalidade, nessa crise numérica que levou à reforma do Judiciário em 2004, com súmula vinculante e repercussão geral. Este é o quadro que se mostrava evidente já no processo constituinte, ou logo depois, tanto é que Moreira Alves, em 90, escreve um artigo dizendo que a crise iria se agravar com o novo modelo. Está publicado, salvo engano, na

revista *Arquivos do Ministério da Justiça*. E a história veio lhe dar razão.

De fato, o problema se agravou, mas não se agravou por conta da decisão constituinte. Vamos também fazer justiça àqueles que fizeram e conceberam esse modelo. A responsabilidade é de todos nós, da própria cultura judicialista e do próprio Supremo Tribunal Federal, que assumiu, a meu ver, vamos dizer assim, a trajetória equivocada para responder à crise numérica. Em vez de assumir o papel de corte suprema e trabalhar com algo similar ao *Stare decisis*, o Tribunal preferiu adotar a técnica e a tecnologia do não conhecimento do recurso extraordinário. Esse modelo funcionou até certo ponto. Hoje, quando a gente coloca nas pesquisas expressões como crise do Judiciário, encontra textos a respeito, textos de Orozimbo Nonato, referindo-se especialmente à crise do recurso extraordinário nos anos 50. Falavam: “chegamos a 500 recursos extraordinários no Supremo e isto é preocupante”. Já nos anos 60, também falava-se em mil, 2 mil recursos e isto é extremamente preocupante. Victor Nunes, então, vai caminhar com a fórmula da súmula, etc. Quem poderia imaginar que a gente chegaria a lidar com 100 mil processos por ano no Supremo Tribunal Federal!

Foi essa cultura que levou, inclusive, à criação do Superior Tribunal de Justiça; todos tinham direito a acesso às cortes, inclusive às cortes superiores, e todos tinham que ter seu processo decidido, ainda que não conhecido pelas razões as mais diversas. Sabemos que, na linha da jurisprudência defensiva, adotada por ambos os tribunais, se, por exemplo, um caso for absolutamente idêntico a outro, mas faltar o requisito do prequestionamento, um recurso é conhecido e o outro não. Recentemente, fizemos a revisão desse entendimento. Dizendo no ambiente hoje da repercussão geral, estamos vivendo um momento de “dessubjetivação”, transubjetivação, ou mesmo de objetivação do recurso extraordinário. Não podemos agora adotar requisitos de caráter puramente pessoais ou subjetivos para resolver esse tipo de demanda. É preciso ter outro tipo de pensamento, mas, a rigor, era essa a lógica que presidia esses impulsos e que nos levou a essa crise sem precedentes. Por isso a resposta dada pelo constituinte, agora regulamentada pelo



Legislativo, quanto à repercussão geral e à súmula vinculante, o recurso repetitivo no âmbito do STJ.

Vou fazer uma rápida interrupção nessas considerações sobre os tribunais superiores para abordar outro tema, apenas com o intuito de trazer uma realidade da Justiça Federal e mostrar como é problemática a administração da Justiça. Na linha de ampliação do acesso à Justiça, em 2000/2001, começam as discussões sobre a criação dos Juizados Especiais Federais, prevista em emenda constitucional. Isso viria resolver um grave problema da Justiça Federal, que estava sobrecarregada com os processos que se acumulavam na Justiça Federal ordinária e que, obviamente, iam em recursos para os Tribunais Regionais Federais. De alguma forma, os Juizados Especiais eram um ovo de Colombo, porque ampliariam o acesso para uma dada camada da população, não levariam recursos para os Tribunais Regionais Federais, haveria os órgãos recursais e decidiriam de forma mais célere. Participei desse processo ativamente: do projeto de emenda constitucional e da construção do projeto que levou à Lei 10.259. Participei internamente, inclusive, de redefinições de última hora, quanto, por exemplo, ao valor que deveria ser a alçada para os Juizados Especiais Federais. Lembro-me de que um dos nossos referenciais eram os processos que tramitavam nas varas de previdência federal. Na época, salvo engano, afirmou-se que eram 180 mil processos. Logo, será essa mais ou menos a expectativa de ocupação por alguns anos dos Juizados Especiais Federais. Foi por isso que o governo aceitou elevar o valor da alçada de 40 para 60 salários mínimos. Por que elevar esse valor? Porque, se temos tão poucos processos, poderemos resolver esses problemas de forma muito mais adequada e satisfatória, ampliando o acesso dos Juizados Especiais Federais. Avançamos nesse sentido. Fizemos o projeto que nós fazíamos.

Já tive oportunidade de dizer, um pouco em tom de brincadeira, em tom de blague, que o Brasil surpreende. Pedro Malan já disse que, no nosso caso, até o passado muitas vezes é incerto. Aqui, houve realmente uma dessas surpresas, benfazejas, diria eu, positiva, mas que revela uma série de coisas. Deu tão certo que acabou dando errado no que se refere à demanda, daí eu ter

brincado que os Juizados Especiais traduziam, em certa medida, o fracasso do sucesso, porque, de alguma forma, em pouco tempo, as pessoas passaram a ir para os Juizados, a honrar, a valorizar o seu êxito, e os Juizados passaram a não responder a essa demanda. Hoje, temos mais de 2 milhões de processos nos Juizados Especiais Federais. Temos mais processos nos Juizados Especiais Federais do que na Justiça Federal ordinária. O que isso revela em termos de administração da Justiça? Revela que temos, no Brasil, demandas recônditas, que não sabemos e não temos às vezes condições de perscrutar, de identificar, que só vamos saber na prática. Isso significa que é difícil dimensionar a própria estrutura judicial, muitas vezes tendo em vista essas características. É bem verdade, podemos também aprofundar essa análise, que os Juizados Especiais Federais, com essa dimensão, revelam também que temos uma forma peculiar de realizar direito e de fazer justiça. Por isso, criamos uma sociedade muito dependente da atuação judicial – já abordei esse tema no início, para introduzir o fenômeno da judicialização. Se formos considerar esses 2 milhões de processos, certamente vamos dizer que hoje a maior repartição da Previdência Social é o Juizado Especial Federal. Se pensarmos que as pessoas, para obterem o reconhecimento do direito quanto à LOAS, quanto à assistência social, têm que passar pelo Juizado Especial, temos de apontar um sério déficit de serviço público brasileiro. Em outras palavras, acesso a direito, sim, se possível com participação judicial, mas primeiro acesso a direito.

No nosso caso, o que tem acontecido? Se não houver recurso ao Judiciário, não se reconhece o direito e isto está errado, esta fórmula está, obviamente, equivocada. Se continuarmos a perseguir esse mesmo desiderato e a desenvolver este mesmo modelo, não há mãos a medir. Logo, é preciso pensar em administração da Justiça, tendo em vista também a correção desses rumos. Estamos a falar da Justiça Federal, mas isto ocorre também no âmbito da Justiça Estadual. Pensem nas inúmeras crises que os jornais de hoje revelam, como a discussão sobre pulsos, telefonia e coisas que tais, que oneram os Juizados Especiais da Justiça Estadual e a Justiça comum. A rigor, isso mostra, por exemplo, que as instituições que nós



importamos para resolver sérios problemas no âmbito da administração da Justiça em sentido lato, administrativo inclusive, não estão funcionando. As próprias agências reguladoras deveriam ter um papel que talvez não esteja sendo bem exercido, que é difícil de ser exercido pelo Judiciário nessa dimensão, nessa amplitude.

Eu falava do número de processos. A gente pode dizer, “bem, mas se falamos de 70 ou de 80 milhões de processos, não estamos a falar da capacidade de decidir”. De fato, não estamos a falar. Nossa capacidade de decisão nesses anos tem ficado em torno de 25 milhões ou 30 milhões de processos, o que é uma capacidade enorme. Embora haja a questão de afetação dos estoques, é uma capacidade enorme de decisão, se considerarmos a demanda. Mas, é claro, temos um estoque expressivo e outras distorções. Execução fiscal, vejam o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Temos hoje em São Paulo talvez 18 milhões de processos em tramitação: 10, 12 milhões tramitam na execução fiscal. Se conseguíssemos alcançar o milagre de que a execução fiscal fosse exitosa em 10% dos casos, o Brasil não precisaria de reforma fiscal, porque lograria tal êxito em matéria de equilíbrio tributário que certamente dispensaria uma reforma. Vejam: estamos, grosso modo, abaixo de 1%, no que diz respeito à efetividade em matéria de execução fiscal, o que nos obriga a pensar em formas diversas.

Por outro lado, pode-se dizer que o Judiciário é praticamente o depositário desses processos, porque eles acabam sendo suspensos por várias razões técnicas: não localizar os bens, ter endereços equivocados e coisas do tipo. Recentemente, tivemos um embate no Conselho Nacional de Justiça, que mostrou que percebemos a necessidade de mudança, que estamos conscientes do problema, mas, ao mesmo tempo, estamos tão arraigados a fórmulas tradicionais que não conseguimos romper com elas. A proposta pretendia validar uma iniciativa, se não me engano do Rio de Janeiro, que vem realizando protestos dos chamados títulos de execução, para execução fiscal. Tivemos um embate seriíssimo no Conselho Nacional de Justiça e entendemos válida a fórmula adotada, por oito votos a sete. Um voto, portanto, de minerva do presidente.

Vejam o ônus que traz para o Judiciário esse quadro que experimentamos em termos de execução fiscal. Só a administração desses processos, metade se dá em algumas unidades federais, um terço em outras unidades. Eu me lembro de que, em uma dessas inspeções, no estado do Piauí, acompanhei o ministro Gilson Dipp. Enquanto ele cuidava da audiência pública, fui visitar as varas da capital, Teresina. Eram as duas mais próximas, *vis-à-vis* ao Tribunal, e de execução fiscal. Devo-lhes dizer que tomei um choque, que fiquei muito impressionado com o não aparelhamento para o enfrentamento da situação. Uma das varas era de execução fiscal municipal; a outra, estadual. A primeira, a municipal, tinha mais processos, uma sala, poucos funcionários, alguns computadores encaixotados ainda, outros cobertos com capa plástica. A gente percebia poeira no ar. Alguns funcionários usavam máscara, por conta da alergia, viam-se remédios antialérgicos espalhados pelas mesas e processos que iam quase até o teto, amarrados com aquelas fitas plásticas típicas. Perguntei a um funcionário: “como o senhor acha um processo aqui contra o Ricardo Nascimento?” E ele disse: “ah!, a gente desce toda essa montanha e sobe”. “Ah!, então é fácil.” Depois conversei com o prefeito de Teresina e ele disse que, “nos últimos cinco anos, perdemos algo em torno de 280 milhões com prescrição”. Nenhuma surpresa. Agora, pensem no que está envolvido, no que significam 280 milhões para um município como Teresina. Nós estamos a falar, talvez, da capital mais pobre do Nordeste, com IDH sofrível, um dos piores índices, e com esse tamanho desperdício. Vamos supor que tudo pudesse ser objeto de execução, mas que apenas 10% o fosse, estaríamos a falar de algo em torno de 28 milhões, 30 milhões de reais, o que é uma quantia significativa, só para que percebam do que nós estamos a falar em termos de organização, de Estado e de sociedade, quando estamos a falar de uma nova administração da Justiça.

Por isso, temos que abordar esse tema, não há como não enfrentar, do âmbito dessa reforma do Judiciário, a questão da execução fiscal. Temos que dar um outro destino para esse modelo. É claro que acaba sendo um modelo que permite uma série de escusas, de desculpas. Alguns dirão, no âmbito do Executivo, “é o Judiciário



que é o responsável pela não cobrança, pela não efetividade da cobrança”. Nós dizemos: “é a máquina do Executivo, da administração tributária, que é inefetiva”. E, nesse jogo de culpa, nesse jogo de soma zero, não há nenhum ganho para a sociedade. Somos usados nesse processo irracional, com alguma racionalidade, porque isso interessa certamente aos não pagadores, àqueles que de fato apostam no não pagamento. Isso cria uma cultura de calote, de irresponsabilidade fiscal. Vejam, portanto, os reflexos que isto tem em toda a nossa construção de vida em sociedade, tema que precisa, portanto, ser visitado.

A questão da nossa relação com a substituição que a gente faz dos serviços públicos em geral, em algum dado, é inevitável, não temos como fugir a isso. Quando aponto esta disposição dos Juizados Especiais Federais, não estou imaginando que a Justiça Federal deva dizer, então, que a solução é o fechamento dos Juizados Especiais Federais. Não, não estou a dizer isso. Ao revés, acho que estamos cumprindo, e bem, esse papel. Agora, não podemos nos esquecer de que, num diálogo prospectivo, numa tentativa de construção de um modelo muito mais estável, temos que colocar o dedo nessa chaga e dizer: “essa cultura da judicialização excessiva, muitas vezes, faz de nós, e fará de nós, sempre, bodes expiatórios, porque, claro, não vamos ter condições, nem estrutura, para responder a todas essas demandas recônditas”. E os exemplos, certamente há tantos outros, eles se multiplicam.

Eu me lembro, como advogado geral da União, de que enfrentamos aquela batalha terrível dos casos do FGTS. Os números falam por si, para que a gente entenda como a sociedade se organiza nessa dependência em relação ao Judiciário. O STJ reconhecia como devido o pagamento de quatro planos. O Supremo veio e disse que apenas dois seriam devidos, outros dois não. O governo, então, se ajustou para fazer o reconhecimento administrativo, o ajuste administrativo, com deságio, etc., pagando, portanto, dois planos. Tomou todas as providências e passou a citar as pessoas a fazerem essa transação, esse acordo. A primeira pergunta que o governo teve que colocar era: “quantas pessoas tinham alguma demanda contra a Caixa Econômica a propósito do FGTS?” Havia 600 mil

processos tramitando sobre esse tema, no Brasil. Se nós, grosso modo, supusermos que em cada processo estavam representadas 10 pessoas, estamos a falar que 6 milhões, 6 milhões e 500 mil pessoas estavam litigando contra a Caixa, a propósito do FGTS. Aí vem a segunda pergunta: “quantas eram as pessoas que teriam direito a algum reajuste, envolvendo essas velhíssimas carteiras, pessoas que já faleceram, que tiveram vínculo com o FGTS em algum momento, etc. Eram 58 milhões de pessoas. Portanto, àquela altura entrar com uma demanda contra o FGTS, especialmente antes do debate no Supremo Tribunal Federal, era como comprar um bilhete premiado, porque tudo levava ao ganho. Apenas 10% dos titulares de algum direito em relação ao FGTS haviam ajuizado ação contra a Caixa Econômica Federal, a propósito do FGTS. E, mesmo quando chamados para o acordo, apenas (!) 38 milhões de pessoas celebraram o acordo. Portanto, temos ainda um resíduo expressivo de pessoas que não buscaram a Justiça e que também não compareceram para fazer qualquer tipo de transação.

Vejam que a sociedade ainda está organizada sobre um modelo muito clivado, e talvez o déficit de comunicação prejudique, inclusive, a busca, o acesso ao direito e à Justiça. Mas é certo que talvez, nesse início do século 21, nós tenhamos que colocar esse outro debate, melhorar o serviço público, fazer com que ele seja mais amigo do cidadão, que ele abandone essa postura de negativa sistemática de direito. É preciso trabalhar um pouco isto, incentivar as agências que cumprem esse papel. Não é possível que um percentual elevado das questões que vão para o Procon depois se convolve em ações judiciais. Estamos a criar verdadeiros monstros alimentadores deste processo. Acesso ao direito, sim, se possível sem intervenção judicial. É preciso criar um outro padrão civilizatório, do contrário não há mãos a medir, não há máquina judiciária, administrativa, capaz de responder a esse tipo de demanda. Portanto, o discurso não é para nos abdicarmos das funções importantes, decisivas. Eu diria, em relação ao Juizado Especial, que uma face, diria até bonita, do Estado social brasileiro, se realiza pelos Juizados Especiais Federais. As pessoas que não têm possibilidade, que não têm seu direito reconhecido, buscam o Juizado Especial para ter



esse mínimo. Ou quando questionam este que é um tema difícilíssimo com que eu tenho lidado no Supremo Tribunal Federal e gostaria de levar, em algum momento, ao debate no Plenário: o limite de um quarto do salário mínimo.

Lembrem-se de como essa questão se colocou. Inicialmente, tínhamos as ações diretas por omissão, ação direta de inconstitucionalidade, ação, mandado de injunção, porque não fora editada a lei. Veio a lei, que fixou este critério rígido da renda *per capita* de um quarto do salário mínimo. Veio uma ADIN contra esta lei, dizendo que ela contemplava de maneira incompleta a realidade. O Supremo decidiu pela constitucionalidade da lei, um voto ou dois votos vencidos, salvo engano. O ministro Ilmar Galvão se bateu contra a solução integral da lei, apontando que ela não contemplava todas as características e hoje sabe-se que é um dos temas em voga. Chegam a nós muitas reclamações a propósito dessa questão, exatamente porque se afirma que a Justiça Federal está concedendo aquilo que o Supremo negou, ao afirmar a constitucionalidade da lei. Por isso, no futuro não muito distante, teremos certamente um debate sobre um eventual processo de “inconstitucionalização” desta lei, um debate interessante, cabendo ao Judiciário a decisão de um tema difícil. Vai colocar algo no lugar? O que será? Qual será o critério? Devolve para o segmento político a decisão sobre o tema? Assume uma solução provisória? Vi, nas últimas sentenças elaboradas por muitos juízes federais, uma sofisticação nos argumentos, por exemplo a afirmação de que o governo está criando outros índices de pobreza, revelando que aquele índice inicial se tornou, pelo menos, questionável, se não obsoleto. São temas difíceis e essa é uma dinâmica que está a nos desafiar. Realmente, é preciso pensar essa questão numa dimensão maior, cobrar maior efetividade do serviço público, cobrar maior respeito por parte de grandes organizações, em relação aos direitos. Bancos, grandes corporações, sistema telefônico, concessionárias de serviço público em geral não podem ser os alimentadores dessas infundáveis controvérsias. São temas que precisam ser suscitados.

Uma outra questão que eu gostaria de abordar, tenho falando de vez em quando sobre isso, é este modelo. Não sei qual será no

futuro o desenho da organização judiciária brasileira, mas percebo, com a vivência de quem lida com isto há algum tempo, de forma crítica, e agora também com a experiência intensa no Conselho Nacional de Justiça, que algumas das distorções aqui apontadas também se revelam em outras searas. O Brasil tem excesso de demandas, por exemplo, na área trabalhista. Não há razão para isso. Certamente, uma sociedade dita civilizada não precisa e não deve ter tantos conflitos trabalhistas. Pelo contrário, essas relações, em todos os países com dado padrão civilizatório, assim chamado adequado, são padronizadas, em princípio, e, antes de se recorrer ao Judiciário, os temas são encaminhados e resolvidos no âmbito do entendimento das próprias organizações sindicais representativas de trabalhadores. Criamos uma máquina enorme para responder a essa demanda e, de quando em vez, até brinco com meus amigos, juízes do trabalho, percebendo, talvez, de forma consciente ou inconsciente que, em algum momento, vamos ter uma crise nesta área. Às vezes a Justiça do Trabalho inclusive reivindica mais competências, quase como num surto de preservação vital. É preciso que a gente pense nisto criticamente. A mesma coisa vale para esses nossos modelos de interiorização, na Justiça Federal. Tenho me perguntado, especialmente hoje, diante da possibilidade de protocolos integrados, graças ao que o milagre da informática nos propicia, por que não integrar mais as justiças? Por que não temos mais bases integradas, usando a própria capilarização da Justiça Estadual? É uma das demandas que temos de fazer.

É sabido que a gente vive hoje significativos apertos no âmbito orçamentário, e o Brasil não gasta pouco com Justiça. Números que podem ser imprecisos, mas não muito distantes da realidade, indicam que gastamos no ano passado algo em torno de 50 bilhões com o Judiciário, tomado todo o aparato estadual, federal, trabalhista. Não é uma pequena quantia. E toda vez que se coloca qualquer discussão, mínima que seja, em relação à ampliação de quadros, a reajustes, isso representa um grande ônus. Portanto, o modelo “mais do mesmo” precisa ser colocado em xeque, pelo menos precisa ser colocado sob crítica. Este é outro apelo que eu gostaria de deixar e dividir aqui, ou pelo menos uma outra



angústia que eu gostaria de compartilhar, que é a necessidade de pensarmos em modelos, vamos chamar assim, possibilistas, modelos alternativos que ajudem a quebrar essas ortodoxias que têm marcado o nosso desenvolvimento no que diz respeito à administração do Poder Judiciário. Certamente, a tendência não é a expansão dos processos ou a expansão do número de processos.

A despeito do incremento recente de processos, estou certo de que a tendência é de maior racionalização e de maior racionalidade. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, trabalhei, como disse, na construção do modelo dos Juizados Especiais, principalmente na construção daquilo que está na Lei 10.259, nos artigos 14 e 15. E eu falava na época, enquanto advogado geral da União, eu dizia ao nosso interlocutor, ministro Rui Rosado, que nós precisávamos ter um recurso extraordinário quanto às decisões dos Juizados Especiais, mas não um recurso extraordinário contra toda e qualquer decisão do Juizado Especial. Precisamos levar um caso-modelo ao Supremo, para que o Supremo também o distinga com o conhecimento e a definição da questão. Na época chamei esse recurso extraordinário, construído pela Lei 10.259 e, depois, disciplinado no Supremo, recurso extraordinário do bem, porque não era aquele recurso extraordinário ortodoxo, que permitia a suspensão dos processos no âmbito dos Juizados Especiais, a elevação de alguns temas ao Supremo Tribunal Federal e sua definição no âmbito do Tribunal. Por outro lado, dava ao Juizado Especial o juízo de retratação. Quem lê, hoje, a lei que trata do recurso extraordinário com repercussão geral, vê que ela mimetiza o que foi feito nos Juizados Especiais Federais, exatamente esse mecanismo que, agora, está disciplinado no âmbito do recurso extraordinário foi inspirado no âmbito do recurso extraordinário dos Juizados Especiais Federais.

Com isso, estamos a dizer que o Supremo Tribunal Federal, quando leva um caso de repercussão geral, não precisa decidir mais centenas de milhares de processos idênticos, nem invocar o poder monocrático para decidir questões idênticas. Nada disso. Ele pode decidir alguns casos e devolver os demais para as instâncias ordinárias, bem como suspender a remessa desses processos. É claro

que isto envolve também uma engenharia institucional e administrativa delicada, à qual temos que ser fiéis. Precisamos dar uma dinâmica própria ao processo que está dotado ou é reconhecido de repercussão geral, do contrário vamos emperrar toda a máquina do Judiciário. Certamente, aqui, pode haver reclamações de que há uma sessão praticamente ocupada com os processos suspensos, aqueles reconhecidos como de repercussão geral. Por certo, vamos encontrar essa mesma reclamação em vários tribunais. É evidente que há várias razões para essa demora, o Tribunal tem priorizado o julgamento dos casos com repercussão geral, mas não se evitam, por exemplo, pedidos de vista, que a gente não encontrou ainda. Se alguém encontrar a fórmula, comunique, algum modelo adicional que obrigue o juiz a devolver os pedidos de vista, a história dos prazos. Isso é um problema que estamos discutindo e que preocupa o Supremo.

Outro problema é a grande dificuldade que temos, às vezes, de controlar a própria pauta, diante das urgências e das emergências que surgem. Os casos politicamente relevantes, liminares, crises políticas, etc., que se traduzem em crises judicializadas e que demandam uma intervenção do Judiciário. Recentemente, o Tribunal encerrou o debate sobre um desses temas importantes da vida institucional brasileira, a Lei da Anistia. Consumiram-se dois dias com essa discussão. Com isso, processos que estavam agendados tiveram de ser postergados e assim *“la nave va”*, a vida segue. Portanto, não é má vontade do Tribunal para com as questões de repercussão geral, mas é exatamente a administração difícil desse processo, desse aprendizado. Temos ainda, talvez, um excessivo número de questões constitucionais relevantes, relevantíssimas, tratando de temas tributários, temas administrativos, temas previdenciários, que estão acumuladas em todas as instâncias, mas já tivemos alguns levantamentos, por exemplo, de que uma decisão tomada em repercussão geral repercutiu diretamente sobre 100 mil processos. Isto muda por completo a lógica do sistema e certamente repercute para fora do próprio sistema judicial, determinando outra conduta administrativa. Tem coisa que a própria súmula vinculante preconiza e recomenda. Vejam, então, que não é vã, não



parece vã a minha expectativa de que, talvez em cinco ou seis anos, tenhamos um outro quadro no que concerne a esse número espetacular de processos. Por outro lado, tendo em vista aquele quadro de clivagem a que me referi, certamente nós temos setores da sociedade carentes de proteção. Por certo, há setores da sociedade que não foram contemplados. Por quê? Porque, de alguma forma, eles não conseguem sequer se tornar atores de nenhum processo, muito menos de processo judicial. Não conseguem se tornar atores efetivamente de um processo socialmente relevante, reconhecido. É preciso que haja, portanto, a descoberta desses fatores. É isso que eu tentei traduzir quando falei sobre os Juizados Especiais Federais e aquela falsa expectativa de 180 mil processos que se convolaram em 2 milhões.

Certamente, temos vários setores e é possível identificá-los: a área da saúde, a questão dos medicamentos, este é um problema mundial. Recentemente, estive em Princeton, num seminário sobre direito à saúde. Os Estados Unidos estão às voltas com esse grande debate, e a experiência brasileira desperta muita curiosidade. Mas ainda estamos aprendendo. Eu não imagino, obviamente, que possamos resolver esse problema, sentenciando individualmente e reconhecendo direito à saúde a este ou àquele, ou vaga na UTI a este ou àquele. Mas, certamente, podemos criar um modelo, estamos talvez criando um modelo de acicate institucional, para obrigar à melhoria do serviço público de saúde, do individual para o coletivo. Esse é um grande desafio, daí aquela audiência pública e esse diálogo que nós estabelecemos.

E se pensarmos em outras áreas? Dedicamos uma boa energia no Judiciário, por exemplo, para o trabalho, para a questão da infância e da adolescência. Recentemente vi na TV Cultura um programa, um debate extremamente interessante sobre essa questão. O que chega ao Judiciário, em geral, já é a consequência de mazelas acumuladas nas diversas áreas. E aí estamos nós a lidar com esses temas tão difíceis, como pedofilia, prostituição infantil, violência contra a infância, mazelas às vezes acumuladas com as tragédias sociais da pobreza, da miséria. Estamos a lidar com esse tema, o tema difícil do encarceramento, da internação de menores.

Precisamos lidar com isso, precisamos melhorar as varas da infância e da adolescência, precisamos aplicar o ECA, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e existe um grande retardo na aplicação dessas leis.

Mas eu fico a pensar: será que nós não somos protagonistas, também, nesse processo? Interlocutores qualificados nesse diálogo para a melhoria dos serviços ligados à infância e à adolescência, inclusive no que diz respeito à escola. Há pouco vi especialistas discutindo o tema: o presidente do Ipea, Nery, pesquisadores dessas questões de índices sociais e desenvolvimento social no Brasil, Wanda Engel. Salvo engano, Wanda Engel dizia que, nos últimos anos, o Brasil conseguiu dar um salto muito grande nas políticas sociais, nas políticas de apoio, no combate à inflação e em relação à obrigatoriedade da criança na escola, mas ela dizia também que, apesar de reconhecer a baixa qualidade, a má qualidade da escola, é uma vitória quando um aluno consegue concluir o ensino fundamental, maior vitória ainda quando ele conclui o ensino médio. Mas, dizia ela, boa parte dessa juventude vai para a escola, sim, e a metade a abandona. Onde estão eles? Uma parte, disse, está na criminalidade; a outra está na rua. Então, ela dizia, a grande vitória do Brasil hoje seria, de alguma forma, manter esses jovens na escola. 50% deles não concluem os cursos, porque abandonam a escola por alguma razão; pelas condições econômico-sociais, por falta de atrativo, seja lá o que for, eles não concluem os cursos e alimentam os índices de criminalidade.

Somos importantes protagonistas desse diálogo, enquanto membros do Poder Judiciário. Vejam, portanto, que a questão da administração judiciária se tornou muito mais complexa, porque ela não é mais a administração do processo, ou seja, não se trata apenas de dar vazão aos processos que estão nos nossos gabinetes. É também isso, claro, racionalidade, mas tornou-se uma missão política extremamente importante. Podemos, e devemos, diria eu, participar desse esforço de mudança, de transformação, de salto qualitativo no âmbito brasileiro, mudando a qualidade do serviço público como um todo.

Não faz muito tempo – estou fazendo essas reminiscências



apenas para ilustrar um pouco essas reflexões associadas à questão da administração judiciária –, fiz uma viagem de Teresina ao delta do Parnaíba. E, na passagem por algumas cidades, salvo engano em Campo Maior, vi cenas que a gente vê de quando em vez nas cidades brasileiras, mas com uma clareza que me mostrou algo que precisa ser pensado e que envolve de alguma forma o nosso afazer. Em alguma paragem daquelas, talvez em Campo Maior, em um albergue ou em uma rodoviária, alguma coisa assim, era notório que crianças se ofereciam aos caminhoneiros. Quadro com o qual a gente se depara Brasil afora. Ficamos nós a discutir esses temas importantes, da prostituição infantil, da pedofilia, etc. Mas isto está posto. Lembro que, no final do ano passado, o jornal *Correio Braziliense* chamava a atenção para o problema da prostituição infantil no centro de Brasília, na antiga ferroviária, entre o Conjunto Nacional e o chamado Conic. Era a mesma cena. Pergunto, então: o que a Justiça pode fazer? A Justiça pode fazer alguma coisa, mas ela talvez tenha que ter um papel indutor de mudança, inclusive, de paradigmas econômicos. No caso específico da cidade de Campo Maior, sem dúvida alguma, não há desenvolvimento econômico. Estamos a falar do Piauí, um dos estados mais pobres da Federação. É preciso que haja cumprimento básico daquilo que a Constituição preconiza quanto a um desenvolvimento balanceado e equilibrado, com políticas regionais de desenvolvimento. Do contrário, nós podemos estar a fazer um enxugamento de gelo. O Judiciário pode ser um elemento importante de interlocução, de indução, de mudança desse quadro.

Lembro-me de que, não faz muito, chegou ao Supremo Tribunal Federal uma decisão, da presidência, por meio de uma liminar, que determinava que, em algum estado, se construísse uma UTI neonatal. Aplicava multa para a não construção, para o não cumprimento da decisão, e eu examinei aquilo. E o que fez o juiz, a pedido do Ministério Público, numa ação civil pública? O juiz determinava apenas que se seguissem os critérios estabelecidos no âmbito do próprio Ministério da Saúde para alocação dessas UTIs: critérios de população, critérios de ausência de instalações semelhantes nas cercanias, etc. Seguia, portanto, todos os critérios

técnicos. Eu disse, então, que não havia o que suspender, a não ser a multa, porque parecia extremamente elevada. A ordem judicial concretiza aquilo que a própria política pública previamente já definiu, logo não havia o que suspender. Nesse sentido, temos muito o que fazer, muito o que ajudar na mudança desse perfil ainda hoje existente no Brasil. Podemos contribuir decisivamente para nos aproximarmos mais e mais em muitos setores do século 21. Bem, o que eu queria compartilhar eram algumas dessas angústias sobre os vários temas ligados, sem falar especificamente de questões afetas exclusivamente ao tema da administração judiciária, mas já falando sobre esse tema que é extremamente importante, porque é fundamental no que concerne à administração da Justiça.

Antes de finalizar, quero fazer uma referência à experiência que nós tivemos no Conselho Nacional de Justiça com a questão da Justiça Criminal. Quando começamos a discutir, esse foi um tema que eu levei para o Conselho Nacional de Justiça como um grande desafio, falei disso no meu discurso de posse. O conselheiro Mairan Maia lá estava à época e eu dizia que nós não poderíamos mais conviver com essa realidade. O problema da administração penitenciária, que, em geral, entendemos ser um problema da administração e que não nos diz respeito, vinha dando sinais de excessos e de exaustão. Eu me tornei mais consciente dessa questão quando recebemos a visita da então comissária da ONU para assuntos de direitos humanos, que nos perguntou sobre o caso de Abaetetuba, daquela menor que foi colocada com maiores num presídio, nessa pequena cidade do Pará. Naquele momento eu me vali desse argumento, como talvez qualquer outro juiz brasileiro se valesse, dizendo que era um quadro trágico, lamentável, mas que parte disso não estava sob nosso controle, era de responsabilidade da administração. E a juíza – era uma juíza canadense – argumentou: “o senhor não acha demais levar trinta dias para descobrir esse fato e tomar alguma providência?”. Eu não tinha resposta para isso. Disse, então, a mim mesmo que nunca mais ouviria esse tipo de réplica.

Quando cheguei ao Conselho, lancei o programa Mutirão Carcerário. Estávamos de novo mal informados. Imaginávamos



que o problema estava no preso definitivo, aquele que cumpria a pena em excesso. De fato, temos esse problema no Brasil, e é grande. Mas, de alguma forma, foi uma surpresa para nós quando descobrimos que no Brasil a grave crise era do preso provisório. Confirmou-se nossa expectativa, e justificativa inicial, de que o problema não era da administração penitenciária. E eu estava convencido disso. Por quê? Porque, obviamente, pelo nosso sistema judicial, pelo nosso sistema constitucional, o sujeito só fica preso por ordem judicial. É o juiz que referenda o flagrante, que transforma o flagrante em prisão provisória. É ele que condena e manda o sujeito para a prisão. Como dizer, então, que ele não tem nada com isso? Começamos a enfrentar esse quadro, da prisão provisória, e encontramos pessoas presas sem inquérito, pessoas presas com inquérito, mas sem denúncia formalizada, pessoas presas com denúncia formalizada, mas sem decisão. E aí fomos encontrando o quadro de barbárie. Encontramos um sujeito preso no Espírito Santo há onze anos, provisoriamente. Pensávamos: este já é o limite dos horrores. Chegamos no Ceará, não faz muito, e encontramos alguém preso há 14 anos, provisoriamente. Problema sério de administração judiciária, problema sério de direitos humanos.

Nesse contexto, então, passamos a cobrar a observância elementar de regras básicas que estão na Constituição: comunicação a advogados, à assistência judiciária e à família; fazer com que o juiz, em pelo menos cinco dias – esse é um prazo longo –, resolva a questão da prisão em flagrante e não se limite a referendar. Hoje, temos um excesso de presos provisórios no Brasil. No total, são 470 mil presos; 44% são provisórios, o que depõe contra o modelo de Justiça Criminal, pois estamos produzindo decisões sobre prisão provisória e não conseguimos ter decisões definitivas sobre o tema. Vejam quão grave é a questão em toda a sua amplitude, inclusive de administração judiciária. Fixamos a meta de reduzir o número de presos provisórios, não os libertando necessariamente, mas produzindo sentenças, decisões cabais, definitivas sobre o tema. Claro que se passou a exigir que o juiz reflita profundamente sobre as prisões em flagrante, tal como o Supremo já vinha exigindo, dizendo que o referendo da prisão em flagrante, na verdade, corresponde

a um decreto de prisão provisória. Logo, ele tem que ter todos os requisitos e é nesse contexto que a gente encontra esses casos absurdos, esses casos de bagatela.

Não se trata de exigência excessiva. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos exige que o indivíduo preso seja apresentado ao juiz em 24 horas. Não se trata de mandado de prisão. Não há, portanto, excesso nesse tipo de exigência. E aí vem esse debate sobre autonomia, independência do Judiciário. Vem o debate sobre excesso de intervenção do Conselho. Nesse caso estou absolutamente convencido de que não. O que se está pedindo? Apenas e tão somente que se cumpra a Constituição, tão somente isso, algo elementar. Em uma inspeção realizada recentemente no Paraná, constatamos que, para cumprir o alvará de soltura, eles estavam levando em média dois meses. Por quê? Porque, depois de todo o trâmite, era preciso uma ordem do juiz corregedor do presídio. Dois meses, isso não faz sentido. Não há justificativa para que o cumprimento do alvará de soltura demore mais que 24 horas. Vejam, portanto, que, quando falamos desse tema, falamos de administração da Justiça, falamos da elementar aplicação de princípios básicos de direitos humanos.

Fico contente ao ver que, ao fim dessa gestão no Conselho Nacional de Justiça, nós despertamos o próprio governo para a discussão sobre o sistema prisional. Recentemente, o governo liberou 500 milhões de reais para a construção de presídios, o que não fazia há muitos anos. Havia uma política de contingenciamento, de dificuldades e, ao fim da gestão, houve esse gesto, essa decisão importante. O próprio Conselho foi chamado para fiscalizar a construção de novos presídios. O Brasil tem 70 mil presos em delegacias! Tínhamos lançado a meta zero de permanência de presos em delegacias, porque este é, de fato, o porão dos horrores. Alguns estados têm percentual elevado de presos em delegacias. No Paraná, há 15 mil, 16 mil presos em delegacias. O Rio de Janeiro tem 7 mil, 8 mil presos em delegacias. Este é um quadro muito preocupante. A ação do Judiciário foi uma ação de vanguarda e está levando os demais setores, até um pouco constrangidos, envergonhados, a se moverem na direção correta. Nós assumimos a nossa responsabilidade nessa questão e estamos contribuindo para que outros também o façam.



Razões da criminalização do ilícito tributário

Palestra apresentada no “Curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico e Europeu”,
no auditório do TRF3, em 29/07/2010

HUGO DE BRITO MACHADO*



EMAG

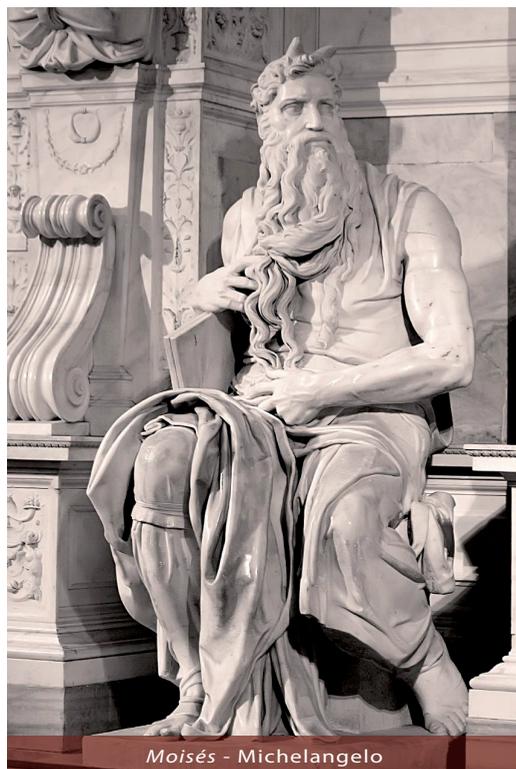
REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Professor de
Direito Tributário da Universidade Federal do Ceará.

Razões da criminalização do ilícito tributário

S nicialmente, quero destacar que o conhecimento do direito é difícil, porque o direito se expressa através de conceitos. Como esses conceitos são sempre problemáticos, é óbvio que o direito será sempre problemático. Por isso se questiona como é que deve ser interpretada a regra jurídica. Provavelmente, surgem duas questões fundamentais quando se conversa sobre qualquer assunto jurídico. A primeira é saber o que é, afinal, o direito. Não se preocupem, não vou

fazer um tratado de filosofia do direito. Serei muito objetivo e breve. Mas tenho que dizer o que penso que é o direito. Vocês podem pensar de maneira diferente, não há nenhum problema. Penso que o direito é um sistema de limitações ao poder, que é fruto e instrumento da racionalidade humana. Estou me reportando ao direito no sentido de direito positivo, de ordenamento jurídico. Porque, como disse, os conceitos são sempre problemáticos. E o conceito de direito é extremamente problemático dentro da própria ciência jurídica. O meu direito, direito subjetivo. O teu direito, o direito brasileiro, o direito argentino, o direito federal, o direito municipal. Enfim, a palavra direito tem uma quantidade muito grande de significações.



Moisés - Michelangelo

No sentido de ordenamento jurídico, direito é um sistema de limites ao poder. Aí surge outra questão. E o poder, o que é? É uma noção tão elementar, mas de definição difícilíssima. Poder é a aptidão para realizar a vontade. Qualquer pessoa que consiga pôr em prática, fazer aquilo que tem vontade, é poderosa. O direito, portanto, é um sistema de limite de poder, para evitar que cada um faça o que quer. Na verdade, cada um é livre para fazer o que quer, desde que não interfira no patrimônio jurídico dos outros, desde que não perturbe a convivência social. É por isso que o direito é um instrumento da racionalidade e também um fruto da racionalidade. Por que ele é fruto da racionalidade? Porque só os seres racionais produziram o direito nesse sentido de sistema jurídico. Não conhecemos o Código Penal, nem o Código Civil, nem a constituição dos elefantes ou das girafas. Nunca ouvi falar que existissem. Só o ser racional produz a regra jurídica formadora do sistema. E produz justamente para limitar a liberdade de cada um fazer o que quer fazer.

Como disse anteriormente, o direito é um sistema de limite de poder, que é fruto da racionalidade humana. Essa é uma noção fundamental que todos devemos ter quando começamos a estudar alguma questão jurídica, algum assunto de direito. Outra questão também muito importante é a da interpretação. Tem muita gente que prestigia a interpretação literal. “Onde está escrito?” “Se não está escrito em lugar nenhum, não é assim.” É um erro grave pensar que um elemento literal é decisivo na interpretação. Realmente não é. É claro que o elemento literal é necessário na regra jurídica. Se eu estiver com a Constituição nas mãos, por exemplo, a Constituição do Japão, ou de um país cuja língua não conheço, não vou saber se é mesmo a Constituição. O que está me faltando é o elemento literal, que é fundamental, essencial, absolutamente necessário, mas absolutamente insuficiente.

Qual é dos demais elementos da interpretação o mais importante? Penso que o mais importante é o elemento contextual. Cada palavra, na linguagem comum, ou na linguagem especializada de várias outras áreas do saber humano, ganha um significado ou tem apontado, entre os vários significados, um que é o adequado num



contexto, numa frase. Até as frases ganham significado no contexto ambiental em que são colocadas. Ouvi há pouco um exemplo que me pareceu tão eloquente que não posso deixar de relatar. É naturalmente brincalhão, mas é um exemplo muito eloquente. Diz que o hóspede de um hotel de luxo desce para a piscina, de calção e toalha nos ombros, pelo elevador social, e sai no salão principal, no *hall* do hotel. Uma das moças do hotel, muito sem jeito, chega e diz: “Senhor, por favor, não é permitido ficar de calção aqui”. Ele diz: “Não tem problema”. Tira o calção e entrega à moça. “Não é proibido ficar de calção? Pois estou sem calção agora. Não estou violando a proibição.” Ela, então, toma isso como uma afronta e chama o segurança do hotel. O hóspede diz: “Deixe-me explicar, estou vindo de uma praia de nudismo. Lá tinha uma placa – ‘é proibido ficar de calção aqui’ – e me obrigaram a tirar o calção”. Vejam que, nas duas situações, a frase é a mesma: “é proibido ficar de calção aqui”. Porém, o significado é completamente diferente, depende do contexto ambiental. Na praia de nudismo, significava que a pessoa tinha que ficar nua. No hotel, significava que devia ficar vestida.

Isso acontece em todas as regras jurídicas, em maior ou menor proporção. Muitas regras jurídicas colocadas num contexto têm um significado e em outro contexto podem ter um significado diferente. É por isso que o direito é bonito. É difícil, mas é bonito. É por isso que é importante e eu me congratulo com os estudantes de direito. Eu, se concluísse cinquenta vezes um curso de formação universitária, seria 51 vezes bacharel em direito. Fico feliz quando pessoas formadas em outras áreas resolvem estudar direito. Conheço um cidadão no Nordeste, sócio de um hospital de grande porte, que resolveu estudar direito. Conheço um dentista que também resolveu largar a odontologia e, hoje, trabalha no escritório do filho, que é advogado. Ele ainda tem o consultório de odontologia para atender a alguns amigos, clientes dele, que não aceitam outro dentista. Escolhi exatamente o que eu gosto: o direito. Bem, já divaguei muito nessa introdução. Vamos então examinar as razões da criminalização do ilícito tributário, que é o tema efetivamente colocado para a nossa análise.

Em primeiro lugar, quando se analisam as razões da crimi-

nalização do ilícito tributário, é preciso saber do que decorre a eficácia da razão jurídica. A regra jurídica é eficaz por quê? Depende de que a eficácia da regra jurídica? A criminalização do ilícito tributário, com certeza, tem como razão principal a tentativa de dar mais eficácia à regra jurídica tributária. Mas, antes de questionar se a criminalização alcança esse objetivo, coloco essa questão mais ampla: o que produz a eficácia da regra jurídica?

Discuti muito com um professor de graduação. Não aceitava a ideia dele. Eu acreditava que a sanção contribui decisiva ou decididamente para a eficácia da regra jurídica. Pensava que a regra jurídica é eficaz porque, se violada, desencadeia a possibilidade de aplicação da sanção, e, portanto, as pessoas, com medo da sanção, cumprem a regra jurídica. Esse meu professor, Arnaldo Vasconcelos, dizia que não é assim. Dizia que o que dá eficácia à regra jurídica é a convicção interior de cada um de nós de que é bom para todo mundo cumprir a lei. Essa convicção que tem um fundo ético garante a eficácia da regra jurídica. O professor Arnaldo ficou muito feliz porque, recentemente, publiquei, num jornal do Ceará, um artigo em que menciono isso e cito a opinião dele.

Hoje, tenho plena convicção de que é assim mesmo. A sanção só faz com que cumpram as leis os medrosos. Aos que são bons de caráter, bons por natureza, a sanção nada importa, porque cumpririam a lei mesmo sem sanção. Aos maus, a sanção não intimida. Eles não cumprem as leis e conseguem escapar delas. Invocam os direitos fundamentais para não produzir prova contra si mesmos e terminam escapando da sanção, ou, ainda que a sofram, conseguem de algum modo amenizá-la. Desse modo, a intimidação é muito pouco, oferece uma contribuição muito pequena para a eficácia da regra jurídica. Mas, ainda aceitando que a sanção é importante para garantir o cumprimento da regra jurídica, cabe ressaltar que o direito tributário tem no seu âmbito a sanção administrativa tributária. Existem multas, inclusive algumas muito elevadas. Na minha concepção, a sanção administrativa tributária seria suficiente para garantir a eficácia da regra jurídica. E a sanção administrativa tributária é de aplicação incrivelmente mais fácil que a sanção penal.



Em um seminário realizado em São Paulo, colocou-se essa questão de multa administrativa fiscal ou multa criminal. Eu falava da dificuldade da aplicação da multa criminal e que só se justificaria que alguém defenda a necessidade da pena criminal, se quiser complicar. Um advogado se manifestou: “Nós queremos complicar mesmo”. Ele achava que era importante complicar para ter mais clientes. Quem acha que é importante complicar está com todas as cartas para defender a criminalização do ilícito tributário. Na verdade, a meu ver, isso não contribuiu em nada para solucionar o problema da sonegação. Só fez complicar. Atulhou os tribunais, a Justiça Federal, de questões que não levam a lugar nenhum.

Enfim, as razões para a criminalização: um penalista espanhol diz que há duas situações que justificam a criminalização do ilícito tributário. A primeira delas é quando temos um sistema tributário extremamente justo, bem-ordenado, claro, de fácil compreensão. E, portanto, não há nada que justifique a violação da lei tributária. Se alguém viola, merece realmente ir para a cadeia. A segunda, quando temos um sistema tributário complexo, injusto, casuístico, desordenado, de difícil compreensão. Só se consegue fazer que alguém o cumpra sob ameaça de cadeia. A questão que coloco é saber qual é a nossa situação: a primeira ou a segunda? Qual seria o nosso caso? Outra maneira de colocar a questão das razões da criminalização é saber se esta deve decorrer de considerações éticas, o que está mais ou menos associado à primeira das duas colocações. Ou se ela deve decorrer de considerações utilitaristas, o que nos leva para a segunda colocação. Afinal, a criminalização do direito tributário decorre de uma consideração ética do direito, é antiético sonegar, e, portanto, justifica-se a pena criminal? Ou é por que, se não houver a pena criminal, muita gente vai deixar de pagar, e, do ponto de vista utilitarista, justifica-se a criminalização como forma de ameaça, para fazer que as pessoas cumpram a lei tributária?

Não posso me furtar de fazer algumas considerações sobre o nosso sistema tributário que, de algum modo, a meu ver, explicam a criminalização do ilícito tributário. Primeiro, o aspecto valorativo. O sistema tributário brasileiro é justo? Não excluo a

possibilidade de alguém sustentar que sim, mas penso que não. Principalmente depois que o legislador, o governo, num sentido bem amplo, optou pelo incremento dos chamados tributos indiretos em prejuízo dos impostos sobre o patrimônio e a renda.

Aliomar Baleeiro, em livro publicado nos anos 1950, afirmava, com autoridade, que até os mendigos pagam impostos, embora não o saibam. Quando usam o dinheiro das esmolas para comprar alguma coisa, estão pagando impostos embutidos nos preços das coisas que adquirem. Se considerarmos o montante de dinheiro disponível como um fator para dimensionar a proporção de impostos, veremos que os pobres e os mendigos pagam muito mais que os ricos. Inúmeras vezes mais, considerando a proporção entre o que têm disponível para gastar e o valor dos impostos pagos por eles. Quanto mais pobre a pessoa, mais ela gasta proporcionalmente ao que ganha. Ela não tem oportunidade de poupar coisa nenhuma. Quando se ganha alguma coisa, de duas uma: ou se gasta, ou se poupa. A pessoa que é muito pobre não pode poupar nada. Gasta tudo. Como em tudo está embutido o tributo, ela acaba pagando muito.

A outra razão que me autoriza a dizer que o nosso sistema tributário é altamente injusto está em existir nele um exemplo raríssimo de competência tributária não exercitada, que é a da União Federal para instituir imposto sobre grandes fortunas. Desde o advento da Constituição de 1988, a União Federal está autorizada a instituir imposto sobre grandes fortunas. Nunca instituiu esse imposto. Dizem ser imposto complicado, tecnicamente complexo. Henry Tilbery, grande professor e advogado tributarista, sustentava essas razões. Numa certa ocasião, participei de um congresso e colocaram-me frente a frente com ele para discutir esse assunto. Ele já aceitava a instituição do imposto sobre grandes fortunas, mas fazia muitas reservas quanto à forma de instituí-lo.

O imposto sobre fortunas não foi instituído no Brasil, como não foi em alguns países. Em outros, onde chegou a ser instituído, como na França, por exemplo, foi revogado. Esse imposto não existe porque quem manda no mundo é quem tem grandes fortunas. São pessoas com poder econômico muito forte, que mandam



inclusive no presidente da República, no presidente do Senado, no presidente da Câmara. E nós vamos acreditar nessa autofagia? As pessoas que têm poder concordarão mansamente com a cobrança desse imposto? Não. É por isso que ele não foi criado até agora. Nem será. Pior do que não ser é ser criado, mas de tal maneira deformado que acabará sendo um ônus para as classes média e baixa, em vez de sê-lo para quem tem realmente grandes fortunas.

Existem na Câmara dos Deputados projetos de lei instituindo imposto sobre grandes fortunas, alguns são verdadeiras deformações. Um dispositivo de um deles diz que o valor dos bens adquiridos por doação, para efeito de cálculo do imposto, é atribuído pelo doador. Está escrito no projeto. Quando essa lei entrar em vigor, todos os titulares de grandes fortunas poderão doar os bens para os seus prováveis herdeiros, com cláusula de usufruto vitalício, e atribuir o valor de um real para cada prédio, para cada bem, mesmo valendo 10 milhões, 20 milhões. Isto é uma deformação, uma verdadeira patologia jurídica. Esse projeto está em tramitação no Congresso Nacional. Está num substitutivo a outro projeto apresentado pelo então senador Fernando Henrique Cardoso.

Além de ser injusto, o sistema tributário brasileiro é extremamente complexo. Existe uma inflação legislativa gigantesca. Existe também o que eu chamaria de mau exemplo dos governantes, no que diz respeito ao cumprimento das leis. Mas não gosto de fazer uma afirmação tão séria e não fornecer um dado que a demonstre. E é um dado de tal objetividade que elimina qualquer discussão. O art. 212 do Código Tributário Nacional manda que os poderes executivos das várias pessoas de direito público da União, de cada Estado e de cada município anualmente editem um regulamento, um decreto, consolidando em texto único a legislação de cada um de seus impostos. Quem já viu isso? O Imposto de Renda, o IPI, dois ou três, talvez, saíram do advento da Constituição de 88 para cá. O contribuinte que se vire para saber qual é a lei que está em vigor, qual não está, qual foi alterada, qual não foi. Mas o governante tem o dever jurídico de editar anualmente um regulamento consolidando em texto único a legislação de cada um dos impostos

vigentes no Brasil. Só que o governo não cumpre. O governo não se preocupa com o direito. O governo só se preocupa com o dinheiro. A única coincidência são três letras: as duas primeiras e a última. As autoridades governamentais não têm a menor preocupação com a observância das leis.

Quero dar outro exemplo também de tal objetividade que ninguém poderá dizer que exagerei na minha afirmação. Vi no Ceará uma situação em que, notificado da lavratura de um auto de infração contra a empresa, o sócio formulou a impugnação e a autoridade julgadora administrativa disse que não julgaria, não tomaria conhecimento das alegações do responsável, porque ele não era contribuinte e, portanto, não tinha o direito de ter aquelas alegações apreciadas. E mais: que ele fora notificado do auto de infração apenas para se viabilizar a inclusão de seu nome no termo de inscrição e na certidão de dívida ativa correspondente para um possível redirecionamento da execução fiscal contra ele, se a pessoa jurídica não tivesse bens para responder.

De duas uma: ou ele foi notificado para isso e isso lhe dá o direito de ver apreciadas as alegações, ou, então, não existe o dispositivo constitucional que garante o direito de defesa e o devido processo legal. A Constituição diz que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal, e que são assegurados o direito à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, bem como o direito de petição aos órgãos públicos. Ou essas garantias não valem absolutamente nada, ou é evidente que a impugnação formulada pelo responsável tributário a um auto de infração tem que ser apreciada, tanto as razões relativas ao auto de infração, propriamente dito, como as razões de atribuição a ele de uma possível responsabilidade tributária que eventualmente queira negar, queira contestar.

Ainda confirmando a minha afirmação, existe uma quantidade imensa de sanções, que tenho chamado de políticas, as quais são flagrantemente inconstitucionais, mas as autoridades tributárias continuam aplicando-as sem tomar o menor conhecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Inclusive, são objeto de duas ou três súmulas que dizem ser inadmissíveis determinadas



sanções, por exemplo a apreensão de mercadoria como meio de obrigar o contribuinte a pagar tributo. É claro que a apreensão de mercadoria é medida administrativa correta, adequada, aconselhável quando a mercadoria é transportada sem documento capaz de comprovar, de maneira verdadeira, de que se trata e quem são as partes na operação, comprador e vendedor. Mas ocorre por outras razões, por exemplo: “o número do CPF está com o dígito diferente, está alterado”. Ou, então, “aqui diz que são tantas caixas e aqui não tem caixa, tem garrafa”. Enfim, coisas que realmente são mera formalidade e não têm nada a ver com a essência da operação, mas a mercadoria é apreendida assim mesmo. É uma sanção política. E vem por último o argumento que acho definitivo, que é a questão do precatório.

O que é o precatório? É o maior atestado, com todas as letras maiúsculas, de que o poder público não respeita o direito. Durante um congresso de direito processual civil, em Fortaleza, ao ouvir uma palestra a respeito da execução contra a Fazenda Pública, um professor alemão manifestou uma insatisfação, uma incompreensão: por que existe execução contra a Fazenda Pública no Brasil? Na Alemanha não existe esse tipo de execução. O professor brasileiro exultou: “Os senhores estão vendo como o direito processual brasileiro está mais avançado que o direito alemão? No Brasil, já temos a execução contra a Fazenda Pública; na Alemanha não”.

Alguém insistiu com o intérprete do evento que pedisse ao professor alemão para explicar por que não tinha e como é que se fazia lá quando a Fazenda Pública era condenada e perdia a questão. Acontece que as autoridades alemãs vão a Juízo ou tomam a iniciativa e contestam as ações, reputando aquilo que acreditam que devia ser direito do Estado alemão, até a última instância. Entretanto, vencido, o Estado cumpre imediatamente a decisão. Não há execução contra a Fazenda, porque esta cumpre imediatamente as decisões, assim que transitam em julgado.

No Brasil, o precatório é um atestado eloquente de que o poder público não cumpre o direito nas suas relações com o cidadão. Mas existem muitas outras situações que demonstram o descaso das autoridades pelo direito do cidadão. E algumas dessas

situações se tornaram mais agudas com a criminalização do ilícito tributário. Por exemplo, o direito ao silêncio. Nós temos um conflito muito grave entre o direito ao silêncio e o dever de informar ao Fisco. Ninguém é obrigado a fornecer provas contra si mesmo. E o contribuinte é obrigado a prestar declarações ao Fisco, ainda quando essas informações podem ensejar uma autuação e até um processo crime contra ele? É uma questão realmente muito delicada. Penso que o dever de informar não se sobrepõe ao direito ao silêncio. É o direito de não produzir prova contra si mesmo. Se o contribuinte achar que se complicará prestando a informação pedida pelo Fisco, pode negar-se a fazê-lo. Invoca o dispositivo constitucional que lhe garante o direito de não prestar informação. Qualquer um de vocês que tenha vivência nessa área verá que o tratamento que o Poder Judiciário dá, no caso de crime contra a ordem tributária, é radicalmente diferente do tratamento dado aos crimes em geral. Então, por que criminalizar? Se quero usar todos os meios para compelir o contribuinte a pagar, por que não fico só com as sanções administrativas e deixo de criminalizar? Assim, não precisaria aplicar esse dispositivo que garante o direito ao silêncio.

Outra situação muito parecida diz respeito à inviolabilidade do domicílio, que entra em conflito com as prerrogativas da administração tributária de exercer atividade de fiscalização. Afinal, o que é domicílio? Voltamos às minhas primeiras palavras, à questão dos conceitos. Será que o escritório do contribuinte é domicílio? Será que o escritório de uma pessoa jurídica é domicílio?

O Supremo Tribunal Federal já disse que é. Disse que só não são domicílios, nas empresas, as partes abertas ao público. Mas todas as áreas reservadas aos sócios e funcionários da empresa constituem domicílios para os fins de garantia de inviolabilidade. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no caso que apreciou, chegou a negar *habeas corpus*, porque ficou comprovado que o contribuinte havia autorizado o fiscal a penetrar no escritório. Não houve invasão do domicílio. Caso contrário, é possível invocar que a prova colhida é ilícita e, portanto, não pode ser usada porque foi colhida com violação do direito à inviolabilidade do domicílio. Mas desgraçadamente existe uma tese que já foi adotada pelo Supremo



Tribunal Federal, embora em casos isolados, e pelo voto de um de seus mais eminentes ministros, José Celso de Mello Filho, em que ele distingue a sanção penal da civil e diz que a lei não pode definir uma situação que configure ilícito para daí decorrer a prisão civil. Mas seria válida a lei que definisse, para fins criminais, a dívida criminal. Seria possível defini-la como dívida criminal. É claro que o Supremo estava apreciando outra questão, mas tem tudo a ver com o conceito.

Será que o legislador pode mudar um conceito? O legislador pode mudar o conceito de domicílio? Não. Para fins penais, para colher prova no crime contra a ordem tributária, pode-se violar o domicílio. Pode-se entrar no escritório sem a concordância do empresário. Quanto ao dever de sigilo profissional, o contador é obrigado a prestar informação se a fiscalização pedir. São questões realmente muito interessantes. A propósito do conceito de domicílio, num congresso em Salvador, em que estava presente o Ministro Moreira Alves, o professor Edvaldo Brito convidou todos os palestrantes para um almoço na casa dele. Na conversa, surgiu essa questão dos conceitos: de o legislador poder ou não mudar os conceitos. O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho disse que usei um argumento *ad terrorem*, que foi exatamente o que segue. Se o legislador pode alterar os conceitos, seria válida uma lei que dissesse: “considera-se casa – a Constituição não usa a palavra domicílio –, para os fins do art. 5º, inciso tal, da Constituição Federal, a edificação de pelo menos três mil metros de área construída, que tenha piso de mármore ou de granito”. Nesse caso, só é domicílio se tiver mais de três mil metros de área construída, piso de mármore ou de granito. Só os donos de grandes fortunas terão domicílios. As demais casas poderão ser invadidas, porque não são domicílios para os efeitos legais.

Destaco que isso não é importante só para o direito penal ou para o direito tributário, é importante para qualquer área do conhecimento jurídico. A preservação dos conceitos é fundamental para a preservação da hierarquia normativa. Sabemos que o sistema jurídico é organizado em patamares hierárquicos. Se admitirmos que uma norma de patamar inferior pode alterar um conceito

utilizado por uma norma superior, estaremos anulando a hierarquia normativa. Toda norma de hierarquia inferior poderá alterar uma norma de hierarquia superior, bastando, para isso, modificar o conceito usado na norma da hierarquia superior. Isso é fundamental para a preservação da hierarquia do sistema jurídico.

Outra evidência da chamada razão utilitarista, a qual considero ter sido a razão que prevaleceu para a criminalização no Brasil, é a questão da extinção da punibilidade. O pagamento extingue a punibilidade? Várias leis já trataram desse assunto: ora extingue, ora não extingue; ora revoga, ora não revoga; ora só extingue se for antes da ação fiscal, ora se for antes da ação penal. Por fim, prevaleceu a ideia de que a extinção é ampla e acontece em qualquer momento em que é feito o pagamento. Hoje não importa se o pagamento aconteceu antes da ação fiscal, antes da ação penal, depois da condenação, durante a execução da pena... Feito a qualquer momento o pagamento do tributo, está extinta a punibilidade. Os defensores da ética acham isso um absurdo e dizem: “Nesse caso, se tiver dinheiro, escapa da cadeia. Vai, paga e escapa da cadeia. Isso não é ético. Já que se configurou crime, sua materialidade é indiscutível. É absurdo que o pagamento extinga a punibilidade”. Quem adotar esse fundamento ético deve sustentar essa tese. É correto e coerente sustentar essa tese. Quem entender que a criminalização no Brasil teve finalidade utilitarista deve aceitar que o pagamento extingue a punibilidade, porque o que se quis com a criminalização foi obter o pagamento. Então, obtido o pagamento, não há nenhum problema em extinguir a punibilidade.

Surge outra questão ligada ao problema da interpretação. Disse no início, ao mencionar o exemplo brincalhão do hóspede no hotel, que o elemento literal é muito pobre. Temos que procurar a razão de ser das regras jurídicas para colher uma interpretação adequada. Tenho um amigo do Ceará, hoje ministro do Superior Tribunal de Justiça, com o qual, certa ocasião, discuti muito a respeito desse assunto, mas ele terminou aceitando a tese que eu defendo e adotou-a em julgamentos no STJ. Depois publiquei um artigo na revista *Dialética do Direito Tributário* e hoje considero esse um ponto pacífico, mas muita gente ainda pode questionar, dizer



que não é bem assim. Tenho sustentado que extingue a punibilidade, nos crimes contra a ordem tributária, não apenas o pagamento do tributo, mas a extinção do crédito tributário que teria sido decorrente dos fatos que configuraram o crime. Se a configuração do crime foi alegada pelo Fisco e acolhida pelo Ministério Público, se veio a ação penal e se consumou a prescrição ou decadência do direito de lançar, ou a prescrição do direito de cobrar o crédito tributário, está extinta a punibilidade.

Vi o julgamento de um caso assim no Tribunal da 5ª Região. Alguns juízes e o Ministério Público Federal sustentavam junto ao Tribunal que a extinção em matéria penal está regulada pelo Código Penal, não tem nada a ver com a prescrição tributária. Não se está colocando em discussão a ocorrência da prescrição como prescrição, mas, sim, a ocorrência da prescrição como causa de extinção do crédito tributário. E, no âmbito penal, o que se está colocando é a ocorrência da extinção do crédito tributário. Não é a extinção da ação penal pela prescrição penal, é a extinção do crédito tributário que decorreu da prescrição ou da decadência.

Imaginem se prevalecesse a interpretação literal e alguém acusado do crime contra a ordem tributária, até mesmo antes do recebimento da denúncia, dissesse: “Quero transferir o imóvel tal, imóvel no qual a União Federal teria interesse e quer receber a dação em pagamento”. E o Ministério Público diz: “Vou oferecer a denúncia porque a dação em pagamento não extingue a punibilidade, só extingue a punibilidade o pagamento”. Já imaginaram que absurdo? E a compensação? Eu tenho um crédito tributário. Estou sendo acusado de ter sonogado, de ter cometido um crime contra a ordem tributária, quero a compensação. “Não extingue.” Seria um verdadeiro absurdo. Para mim, hoje é ponto pacífico que extinguem a punibilidade no crime contra a ordem tributária todas as causas de extinção do crédito tributário, desde que tenham se consumado. Desde que a extinção do crédito tributário seja algo indiscutível, está extinta a punibilidade no crime contra a ordem tributária. Não há o que se discutir.

Aí vem outra questão, que também é objeto de muita controvérsia, que é a questão do prévio exaurimento da via adminis-

trativa, porque o crime de supressão ou redução de tributo só pode ser imputado pelo Ministério Público numa denúncia. Estou usando a expressão técnica do processo penal: crime contra a ordem tributária, crime de supressão ou redução de tributo. Quero destacar a espécie porque existem outros tipos de crime em que as discussões podem ser abertas. Refiro-me ao principal deles, que é o crime de supressão e redução de tributos. Por que só depois de exaurida a via administrativa é possível o oferecimento da denúncia? Em artigo publicado na revista do IBCCRIM, eu já sustentava que o tributo devido é um elemento normativo do tipo. Os tipos penais podem ter elementos naturais, que são do mundo natural, do conhecimento da linguagem comum, e podem conter elementos que são conceitos de direito, que são portanto elementos normativos do tipo. O tributo devido é um elemento normativo do tipo, do crime contra a ordem tributária. Como o art. 142 do Código Tributário Nacional diz que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário, daí se conclui que compete privativamente à autoridade administrativa dizer quando determinado tributo é devido ou não.

Já imaginaram a incoerência que seria um contribuinte, denunciado contra a ordem tributária e condenado pelo juízo penal, ter o seu auto de infração julgado improcedente, afirmando a autoridade da administração tributária que aquele tributo realmente não é devido? Mas o contribuinte já está na cadeia porque cometeu crime contra a ordem tributária. E seria uma incoerência absolutamente inadmissível, uma incoerência tão flagrante, que não se permite cogitar. Evidentemente, o crime só se configura se existir um tributo devido. Aí vem a questão: o que é suprimir o tributo? Segundo alguns livros de direito penal tributário e algumas monografias sobre crimes contra a ordem tributária, inclusive há um muito bom de um subprocurador-geral da República, o legislador foi infeliz quando definiu esse tipo. Porque só a lei pode reduzir um tributo, como só a lei pode criar um tributo. Logo, se o crime tem como tipo suprimir ou reduzir tributo, trata-se de uma impropriedade legislativa.

Vejam como é curiosa a observação dos conceitos, do signi-



ficado das palavras e das expressões no regramento jurídico. No *Curso de direito tributário*, do jurista Paulo de Barros Carvalho, há seis ou sete significados para a palavra tributo. Colho o que está referido no art. 1º da Lei 8.137. Vejam como até na linguagem jurídica comum, digamos assim, está na Constituição e todo mundo que escreve sobre o princípio da legalidade diz: só a lei pode criar tributo. Qual tributo? Tributo como entidade colocada no plano da abstração jurídica. Tributo como tal colocado no plano do regramento jurídico. Só a lei pode criar. Quando se diz que o fato é gerador do tributo, então vem a pergunta: “você não disse agora que só a lei pode criar?”. E como agora é um fato que cria? Porque é outro tributo. É um tributo como realidade factual. É o tributo colocado no plano da concreção do direito.

Existe uma norma elaborada pelo legislador, que cria o tributo no plano da abstração. Acontece o fato descrito na norma que faz nascer o tributo como realidade concreta, isto é, o dever jurídico de pagar determinada quantia ao Fisco. É a supressão desse segundo tributo que constitui crime. Devemos entender por supressão do tributo a ocultação do fato que faz nascer o dever de pagá-lo. Ocultação no sentido de impedimento de que o conhecimento do fato seja alcançado pela autoridade de administração tributária pelas vias ordinárias.

A autoridade pode extraordinariamente tomar conhecimento, até porque, se não o fizer, não será desencadeado o procedimento contra o contribuinte. Ela tomou conhecimento, mas por uma via que não é a ordinária ou através de um exame da fiscalização. Porém, deveria ter tomado conhecimento daquele fato por uma via ordinária – normalmente, mas não necessariamente, a declaração feita pelo contribuinte. Entendo, por exemplo, que se alguém deixa de incluir na declaração de rendimentos determinado valor recebido de uma fonte idônea, a qual informa para o Fisco os pagamentos que fez, esse tributo pode ser cobrado do contribuinte, mas este não pode ser considerado criminoso. Ele não suprimiu o tributo porque restou uma via ordinária de informação para o Fisco, que foi utilizada normalmente e através da qual o tributo devido pode ser cobrado. Portanto, não restou configurado

o crime contra a ordem tributária. Naturalmente, desses exemplos que estou colocando ressaltam situações muito curiosas, em que realmente a interpretação da lei é muito importante, para que não se considere crime contra a ordem tributária qualquer conduta do contribuinte que não configure uma supressão do tributo. É um erro na interpretação da lei tributária.

Alguém não pagou, não declarou e não escriturou determinado tributo, porque entendeu que naquela situação não era devido. Houve um erro na interpretação da lei tributária, que jamais poderá implicar a configuração do crime. Esse argumento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal há algum tempo, quando essa questão era ainda muito discutida. Fiquei muito feliz porque vi o STF acolhendo uma tese que eu vinha defendendo. E, o que foi melhor, o Supremo acolheu-a a pedido do chefe do Ministério Público Federal. Portanto, qualquer membro do Ministério Público que adote um entendimento diferente está discordando de seu próprio chefe. Por que o Supremo decidiu assim?

Havia um contribuinte, diretor de uma empresa na época do fato, que, no momento do questionamento junto ao Supremo, era deputado federal. A ação penal contra ele tinha que se iniciar no STF. O Ministério Público, em vez de oferecer a denúncia, pediu o arquivamento, dizendo estar configurado um erro na interpretação da lei tributária, porque a empresa defendia, no juízo cível, que aquele tributo não era devido. No caso, a empresa sustentava que tinha direito a determinado crédito do ICMS. E a Fazenda, o contrário. Como a empresa afirmava que tinha direito ao crédito, vinha usando-o e, conseqüentemente, pagando ICMS num valor menor que pagaria se não usasse os créditos. O Supremo diz que isso não configura crime. Mesmo tendo a empresa perdido a questão no juízo cível, o Supremo entendeu que havia uma dúvida na interpretação da lei tributária e que o erro na interpretação da lei tributária jamais poderá configurar crime. A fraude é um elemento essencial do tipo no crime contra a ordem tributária. Sem fraude, não há crime.

Examinando um pouco mais a questão do prévio exaurimento da via administrativa e considerando a colocação de alguns



colegas, verifiquei que valia a pena me aprofundar nessa questão. Primeiro, o argumento dos que, desde o começo, defenderam a possibilidade da propositura de ação penal, independentemente da manifestação da autoridade administrativa. Os que defendem essa possibilidade dizem que a instância judiciária é independente da administrativa. E que essa independência das instâncias seria incompatível com a tese do necessário prévio exaurimento da via administrativa. Na verdade, a exigência do prévio exaurimento da via administrativa não tem nada a ver com a independência das instâncias; estas continuam independentes. Embora possa o juízo cível anular a decisão administrativa, o juízo penal não vai interferir na instância administrativa. Portanto, nem o juiz interfere na decisão da autoridade administrativa, nem a instância administrativa interfere no juízo penal. O que ocorre é que a existência de um tributo devido é um elemento normativo do tipo. Quando uma lei define um tipo penal, utiliza conceitos que podem dizer respeito a uma realidade física, que todos podem conhecer, independentemente do domínio da linguagem. Tais conceitos podem ser adotados na definição do tipo, os chamados elementos normativos. É esse o caso.

Por que tributo é um elemento normativo? Porque é um conceito que só se consubstancia em função de uma norma jurídica que está no sistema, se entendermos que tributo não é aquele como tal afirmado pela autoridade à qual o sistema jurídico deu competência para dizer se o tributo existe ou não, se é devido ou não. A ordem jurídica deu a uma autoridade competência para dizer isso. Então, tributo só pode ser isso. Não é possível um tributo que não seja aquele afirmado pela autoridade administrativa. O art. 142 do Código Tributário diz que “compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento”. Então, só a autoridade administrativa pode dizer se estamos ou não diante de um tributo devido, que eventualmente pode ter sido suprimido ou reduzido. Alguém poderia dizer: “Ah, mas a autoridade administrativa pode ser corrupta e o Ministério Público não pode depender de autoridade administrativa corrupta. O Ministério Público tem que promover ação penal”. “Ah, então, é

assim? O dono do poder, o Ministério Público, oficia para a autoridade administrativa: ‘tomei conhecimento de tais e tais fatos e quero saber por que é que Vossa Senhoria não constituiu o crédito tributário contra beltrano ou sicrano.’” Por que não? Por que as autoridades não podem se intercomunicar para esclarecer essas questões? Podem e devem.

O art. 11 da Lei 8.137 diz que qualquer pessoa pode levar ao conhecimento da autoridade o cometimento de um crime contra a ordem tributária. Digamos que um cidadão fez uma denúncia anônima para o Ministério Público e mandou alguns documentos para comprovar. O Ministério Público está convencido de que há um tributo devido, que a autoridade administrativa não cuidou de lançar. Então, deve officiar à autoridade administrativa e perquirir sobre o lançamento. Se a autoridade administrativa nada responder ou der uma resposta que não seja convincente para o membro do Ministério Público, este poderá oferecer a denúncia, também contra a autoridade, porque ela descumpriu o seu dever de lançar. Aí é que está o problema. Não é possível apertar só o cidadão que sonegou o tributo. Existe uma autoridade pública que é responsável pelo lançamento tributário. O art. 142 do CTN diz que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional. A autoridade pode declarar: “Foi um suborno. O contribuinte praticou um suborno”. O contribuinte é penalizado e a autoridade não. Penso que a ordem jurídica deve valer para todos, não só para A ou B. Se o Ministério Público, que é um defensor da ordem jurídica – e deve mesmo defender a ordem jurídica –, está convencido de que ocorreu um fato que gera a dívida de um tributo e esse tributo não foi lançado, comunica à autoridade e pede providências. Se a autoridade não tomar providências, o Ministério Público pode entrar com uma ação, mas deve também denunciar a autoridade que se omitiu no caso e, portanto, ensejou a consumação do ilícito tributário por parte do cidadão.

Outra questão muito colocada pelos que se manifestavam contra a necessidade de prévio exaurimento da via administrativa é a da prescrição. “Se tiver que esperar o julgamento administrativo final, definitivo, para poder denunciar, o crime vai prescrever e



a criminalização vai se tornar inútil, porque vai ocorrer a prescrição.” Sobre isso, existe uma questão curiosa, que merece ser analisada para que possamos firmar uma posição com mais segurança. Antes da Lei 8.137, a Lei 4.729, que é de 1965, definiu o crime de sonegação fiscal. Alguns membros do Ministério Público ofereciam denúncia e alegavam cometimento do crime de sonegação fiscal. Como o réu era primário, defendia-se dizendo que estava prescrita a ação. Para esse tipo de criminoso, cabia exclusivamente a pena de multa, não havia pena prisional. Segundo o Código Penal, quando a pena era exclusivamente de multa, a prescrição acontecia em dois anos. Era praticamente impossível uma denúncia vingar porque, quando o Ministério Público entrava com a ação penal, o fato já havia acontecido há mais de dois anos, portanto estava prescrito. Na época, o Tribunal Federal de Recursos decidiu que estava consumada a prescrição, portanto a ação penal não podia prosperar. O que fez o membro do Ministério Público? Ele é um ser humano como qualquer outro e é falível como qualquer um de nós. Procurou uma forma, embora não fosse juridicamente consistente, de contornar essa dificuldade e começou a denunciar os réus por crime de falsificação de documento público. A pena é maior e, portanto, não haveria prescrição. Os advogados de defesa arguíram, e o Tribunal, afinal, acolheu o princípio da especialidade. Não há dúvida de que na maioria dos casos ocorre falsificação de documento público. Mas, como existe um tipo específico, este prevalece sobre o tipo geral. É o princípio da especialidade. Isso é interessante porque é válido em todo o direito penal. Quando houver um tipo específico, a definição que prevalece é a do tipo específico. Isso vem da Teoria Geral do Direito. Confira em Norberto Bobbio os critérios de superação das antinomias do sistema.

Enfim, o princípio da especificidade foi utilizado, e o Tribunal acolheu a tese de que era um tipo específico, portanto não havia como defender essa tese. Isso é muito interessante porque, nos crimes tributários, houve vários problemas. Em alguns casos, o antigo Tribunal Federal de Recursos e o Supremo Tribunal Federal foram muito “malvados” com o cidadão, como, por exemplo, com o Decreto-lei 157, o chamado crime de apropriação indébita. Por

sinal, hoje ainda subsiste a questão. Embora haja outros aspectos para serem discutidos, a primeira questão que se colocou foi a inconstitucionalidade do Decreto-lei 157, que definia o crime de apropriação indébita. O Tribunal decidiu que o decreto-lei não havia criado um tipo penal, pois apropriação indébita é um tipo que está no Código Penal. O Decreto-lei 157 simplesmente explicitou que se configuraria apropriação indébita em caso de não recolhimento do tributo.

Os advogados que defendiam os acusados nessas ações passaram a adotar uma estratégia de defesa. Eu havia inclusive dito isso num artigo que publiquei: “para se consumir o crime de apropriação indébita, é preciso que esteja presente o elemento dolo específico”. Ou seja, *rem sibi habendi*. É preciso que haja a vontade de fazer próprio o que é alheio. Quando o empresário deixa de recolher o tributo, mas escritura os fatos nos seus livros fiscais e contábeis, é como se dissesse: “devo e não nego, pago quando puder”. É óbvio que, se os fatos estão escriturados, inclusive os débitos para a Fazenda, o empresário está explícita e ostensivamente afirmando que aquele valor não é dele, ele está devendo. Então, naturalmente, não se configuraria apropriação indébita.

O mais curioso é que, no Tribunal Federal de Recursos, prevaleceu a decisão de que o Decreto-lei 157 não era inconstitucional, porque ele não havia tratado de matéria penal, não havia regulado tipo penal. A Constituição Federal não autoriza decreto-lei em matéria penal. E, na primeira colocação, o Tribunal disse não, o decreto-lei não trata de matéria penal. Depois, julgando outras questões, em outras turmas, e colocada a tese de que, na apropriação indébita tipificada no Código Penal, o *animus* de ser apropriada a coisa alheia era um elemento essencial do tipo, o Tribunal disse que o decreto-lei tinha criado um tipo novo, não era o tipo do Código Penal, e condenou os réus que estavam denunciados. Isso é efetivamente inadmissível, mas prevaleceu o que o Tribunal decidiu.

Naturalmente, lançamento é o ato pelo qual a autoridade administrativa competente afirma que o tributo é devido. Essa autoridade, no processo administrativo, tratará dos fatos, apreciará a



defesa do contribuinte e se, afinal, concluir que o contribuinte não tem razão, aí, sim, a partir dali poderá mandar para o Ministério Público a informação dando conta do cometimento do crime, para que ocorra a ação penal. Existe inclusive uma multa administrativa exagerada que tem como pressuposto a fraude. Suscita-se a questão da prescrição. “Não é possível esperar porque, senão, os crimes contra a ordem tributária vão morrer todos na prescrição.” Lembro-me muito bem da posição adotada por Carlos Velloso, quando ainda ministro do Tribunal Federal de Recursos e depois no Supremo Tribunal Federal, de que esse é um argumento que não tem nenhuma consistência, porque, se nós estamos sustentando que a ação penal só é possível quando ocorre o julgamento administrativo definitivo, pelo princípio da *actio nata*, sua prescrição só pode começar daí. Não é possível entender que se dá a prescrição se o Ministério Público estava juridicamente impossibilitado de oferecer a denúncia. A prescrição só se consuma com a inércia, que se configura quando alguém pode fazer alguma coisa e não faz. Mas, se não fez porque não podia, não houve inércia. Então, na verdade, o argumento da prescrição cai totalmente por terra, porque no crime contra a ordem tributária a prescrição só começa com a decisão administrativa definitiva, que permite o oferecimento da ação penal.

Outra questão também muito interessante diz respeito ao problema da responsabilidade penal. Infelizmente, a jurisprudência ainda é vacilante e quem advoga nessa área tem muito trabalho para superar certas questões que são colocadas neste item. Refiro-me à questão da responsabilidade penal quando o crime acontece no âmbito da pessoa jurídica. Tomei conhecimento de várias situações em que todos os diretores da sociedade – anônima, limitada ou seja de que tipo for – são denunciados como réus na ação penal, sem a individualização da conduta de cada um. Surge a questão: é possível esse tipo de responsabilização penal?

Quando comecei a estudar esse assunto, pensava que era uma forma de apresentação da chamada responsabilidade objetiva. Segundo o colega Alberto José Tavares Vieira da Silva, então juiz do Tribunal da 1ª Região, “é muito pior. Isso é a consagração da responsabilidade por fato de outrem”. Alguém é penalmente

responsabilizado por uma conduta que não é dele, que é de outra pessoa, ainda que seja de um colega de diretoria. É muito comum nas empresas o diretor financeiro não tomar conhecimento do que é da atribuição do diretor administrativo, ou o presidente não tomar conhecimento do que acontece numa área de determinada diretoria. Aquela conduta que configurou o crime contra a ordem tributária pode estar no âmbito de uma diretoria e os demais diretores podem ou não ter tomado conhecimento dela.

Como profissional de contabilidade, tive um exemplo muito eloquente disso. Uma empresa atacadista de açúcar, do Ceará, me contratou para fazer uma auditoria na filial que mantinha em Belém. Tudo começou numa reunião social, quando um amigo do presidente da empresa me interpelou: “Rapaz, tu ‘tá’ ficando sabido, hein?”. Perguntei: “Por quê?”. “Tu ‘tá’ enganando o Fisco, ‘tá’ fazendo um ‘subfaturamentozinho’ lá na filial de Belém, não é?” E desconversou, rindo. Achou que não era o ambiente adequado para conversar sobre aquele assunto. Logo depois me chamou. Eu trabalhava em um escritório de contabilidade que dava assessoria para a empresa dele. Pediu-me para ir a Belém examinar os livros e as notas fiscais do açúcar, que tinha vários preços, conforme a qualidade, mas, para determinada qualidade, mantinha sempre um preço uniforme. A denúncia era de que naquela filial estariam fazendo um subfaturamento. Determinados clientes, de maior porte, vendiam o açúcar por um preço bem menor do que o preço usualmente praticado. Fui até lá. O gerente da filial me recebeu muito bem. Convidou-me para jantar e, depois da quarta ou quinta dose de uísque, abriu o jogo: “Doutor, eu sei o que o senhor veio fazer aqui”. “Pois é, rapaz, eu vim examinar os livros para ver se tem alguma coisa errada, para a gente evitar alguma multa.” “Foi não, doutor, o senhor veio aqui verificar se eu estou furtando e eu estou.” “Como é, rapaz?” “É isso mesmo, porque eu não vou ficar ganhando o salário miserável que me pagam.” Descobri, então, que ele realmente estava fazendo aquele subfaturamento, por iniciativa própria. O dinheiro era depositado numa conta bancária pessoal dele. Depois de contar tudo, ele disse: “Agora, tem uma coisa: se me apertarem, eu vou na Receita Federal e



digo que foi o presidente que me mandou fazer”.

Cada um de nós se coloque na condição de funcionário público, recebendo essa informação do gerente de uma filial. Aí eu pergunto: em quem vocês acreditariam, no gerente da filial, que fazia o subfaturamento e dizia que era o diretor que mandava, ou no diretor que disse que não sabia de nada? Vejam como a questão é extremamente delicada. Responsabilizar penalmente alguém por uma conduta que não se sabe se foi ele que praticou concretamente. A conduta era evidente, mas ele poderia ser penalmente responsável por ter mandado adotar aquele procedimento, tanto que, na época, a minha sugestão para a diretoria da empresa, acolhida e posta em prática, foi fazer um acordo com o gerente. “Não, rapaz, tu `pede´ para sair e ninguém vai mexer contigo. Tu `devolve´ tanto – já tinha um valor muito grande na conta dele –, fica com tanto para ti e está resolvido o problema.” Porque, se a gente fosse apertar o infeliz, ele iria à Receita Federal denunciar e dizer que tinha sido a empresa. E a Receita Federal iria deixar de adotar um procedimento contra a empresa? Não iria. E o caso iria terminar em crime contra a ordem tributária atribuída ao diretor que nem sequer sabia do ocorrido. Quer dizer, a empresa estava sendo furtada e o diretor ainda iria para a cadeia por crime contra a ordem tributária.

Não estou dizendo que a gente deva sempre aceitar que o diretor não sabia. Estou dizendo que este é um fato que exige uma apuração muito bem-feita, para que se possa constatar o que realmente aconteceu e se possa promover a ação penal contra o verdadeiro responsável pelo crime. Para concluir, eu diria que a fraude é sempre um elemento integrativo do tipo penal, não basta o erro na interpretação, não basta um equívoco qualquer. Conhecidos os fatos, é preciso que haja fraude. A fraude é um elemento essencial na configuração do crime contra a ordem tributária. Se não houver fraude, a penalidade cabível é a administrativa fiscal. A penalidade administrativa tributária exige o pagamento de multa. A pena criminal pressupõe a constatação do elemento fraude, senão não existe o crime contra a ordem tributária. A fraude tem que ser comprovada através de elementos objetivos, de dados materiais.

Em relação a essa modernidade de tornar tudo virtual, tenho dúvidas muito sérias sobre como comprovar determinados fatos. Alguém consegue entrar no computador do outro e mexer nos dados que estão lá. Como comprovar isso? Eu tinha um filho, morto prematuramente num acidente, que usava muito o computador. Ele dizia: “pai, o computador é o bicho mais burro do mundo. Se você der uma ordem para ele e um dos elementos estiver trocado, ele não vai entender, não vai cumprir sua ordem”. Mas é também o bicho mais bem mandado do mundo. Para o computador nada é impossível. Se você souber mandar, ele faz tudo. Tem gente inclusive entrando nos computadores da NASA, mexendo nos dados e rindo, porque não se sabe quem fez aquilo. Tenho reservas muito sérias em relação ao problema da comprovação da fraude depois que se resolveu virtualizar todos os documentos na relação tributária. No entanto, é assim que tem acontecido.

Para ver como todo conceito pode ser discutido, de acordo com a Súmula Vinculante 24 do STF, “não se tipifica crime material contra a ordem tributária previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137, antes do lançamento definitivo do tributo”. Li um artigo de um advogado de São Paulo, muito conhecido e respeitado, no qual ele sustenta que essa súmula tem uma redação insuficiente, que vai gerar muitos problemas porque, segundo ele, “não existe lançamento provisório, todo lançamento é definitivo; a própria súmula diz: ‘lançamento definitivo do tributo’”. Discordo dessa colocação do professor, porque penso que a súmula deve ser interpretada tendo em vista todos os precedentes dos quais ela decorreu. Quando o Supremo resolveu formular a Súmula 24, já havia julgado diversos casos em que essa questão era colocada. Só com o exame desses casos, vendo como o Supremo decidiu, é que se pode interpretar adequadamente o que está escrito na súmula.

Se examinarmos todas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão que deram lugar à formação da súmula, certamente concluiremos que lançamento definitivo significa o que não pode mais ser discutido perante a autoridade administrativa. Já foram esgotadas todas as possibilidades de questionamento na via administrativa, não dá mais para discutir. Então, esse lança-



mento é considerado definitivo. Realmente, todo lançamento é definitivo no sentido de que só é feito uma vez. Depois, o que pode ser feito é uma correção do lançamento, ou ele é anulado, ou é corrigido para reduzir o valor correspondente, mas o lançamento é o mesmo. É por isso que se diz que todo lançamento é definitivo.

Questiona-se também, em relação a essa súmula, que está dito “crime material”. Sei que isso não está dito na súmula, não estou afirmando que o que vou dizer é conteúdo da súmula, mas entendo que não é só o lançamento no sentido estrito que tem de ser definitivo, o questionamento do problema perante a autoridade administrativa também. Pode ser que se trate do cabimento ou não de uma multa tributária que afinal pode resultar num lançamento. O crime, aqui conceituado como material, é aquele que os penalistas chamam também de crime de resultado. Não basta a conduta, é preciso que, da conduta descrita na lei, se chegue a um determinado resultado, a um determinado conteúdo. Sem isso, não existe o crime. Então, a conduta descrita num dos incisos do art. 1º da Lei 8.137, da qual não resultou a supressão ou redução do tributo, não configura crime contra a ordem tributária, por isso não é um crime material. Mas é claro que todos os conceitos são discutíveis, todas as opiniões são questionáveis. Mais de uma vez, já mudei de opinião em face de discordâncias.

Eu sustentava, por exemplo, que empréstimo compulsório é um tributo. O professor Eros Roberto Grau, em Fortaleza, no curso de mestrado da Universidade Federal do Ceará, convenceu-me de que não é. Hoje estou convencido de que empréstimo compulsório não é tributo. Isso tem tudo a ver com a nossa matéria porque, se a conduta de alguém diz respeito à supressão ou à redução do valor de um empréstimo compulsório, é possível discutir que este não é tributo, logo não está incluído no tipo do art. 1º da Lei 8.137. Causa curiosidade o fato de empréstimo compulsório não ser tributo. Por que será? Porque empréstimo compulsório não transfere riqueza do particular para o Estado, não transfere nenhum centavo em termos de riqueza, transfere em termos de finanças. Por que não transfere riquezas? Porque, a cada pagamento que alguém faz de um empréstimo compulsório, o simples fato de pagar gera para

ele o crédito. Alguém pode dizer: “Mas existem os impostos restituídos”. Não se trata de imposto restituível, mas de empréstimo, que é um conceito antigo e conhecido no direito em geral. O ato de emprestar significa adquirir um crédito, tanto que quem tiver uma noção de contabilidade pode pensar em como é que o contador escritura um empréstimo compulsório. Ele não pode jamais escriturar um empréstimo compulsório como despesa, mas fazê-lo tendo como contrapartida uma conta que vai para o ativo realizável, que é um direito que a empresa passa a ter a receber.



O Mercador de Veneza: A justiça em Shakespeare

Palestra apresentada no curso “A justiça na literatura, teatro, cinema e artes visuais”,
no auditório da EMAG, em 18/03/2011

MÁRCIA HOFFMANN DO AMARAL E SILVA TURRI*



EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Juíza Federal e doutoranda em Ética e Filosofia Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.



O Mercador de Veneza

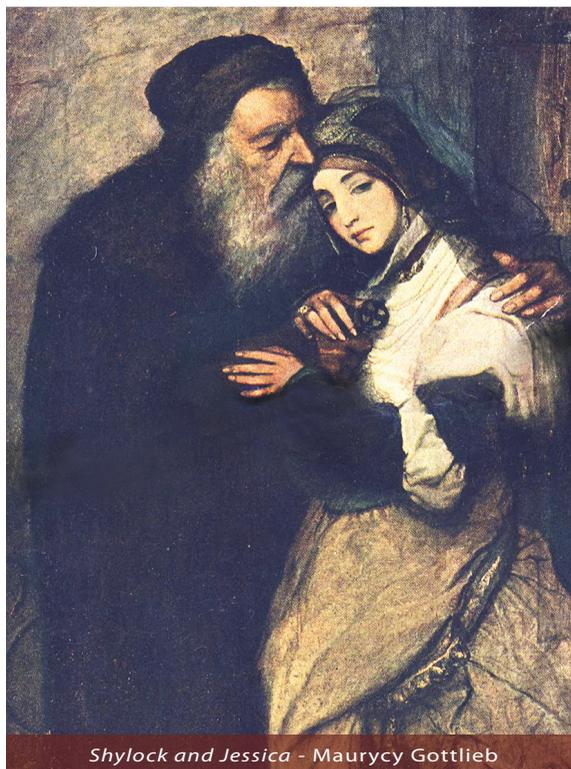
A Justiça em Shakespeare

A arte não precisa de justificação.

Não obstante, se porventura alguém, ainda assim, entender necessário atribuir alguma finalidade à arte, eu diria que ela é importante porque, por exemplo, nos faz pensar. Uma obra de arte exprime, de forma simbólica, aquilo que nosso entendimento só pode alcançar com muito esforço. Nossos discursos são, de fato, pobres demais para traduzir a riqueza de uma obra de arte. Mas é instigante tentá-lo.

O Mercador de Veneza é, sem dúvida, uma obra de arte sempre revisitada quando se trata de falar da relação entre direito e literatura. Normalmente, a peça costuma ser citada para ilustrar questões ligadas à validade dos contratos. Tenho para mim, contudo, que *O Mercador de Veneza* é muito mais do que um exemplo de que determinados contratos não são aceitáveis. É o que pretendo desenvolver neste texto.

Começo com um breve resumo: a ação se passa em Veneza, no século XVI, em pleno florescimento do mercantilismo. Veneza



Shylock and Jessica - Maurycy Gottlieb

controlava o Mediterrâneo e detinha, por isso, a hegemonia do comércio com o Oriente, afigurando-se crucial, para tanto, a segurança jurídica garantida por suas leis e instituições. Cabe lembrar que, nessa época, o empréstimo de dinheiro a juros era considerado pecaminoso para os cristãos. O exercício da grande maioria das profissões, por outro lado, era vedado aos judeus, sobrando-lhes poucas áreas para atuar: entre elas, justamente, a financeira. Os judeus, portanto, eram tolerados, em Veneza, para desempenhar o “trabalho sujo”, livrando os cristãos do pecado da usura. Eram desprezados, assim, por sua raça, mas suportados por sua utilidade econômica.

Passo ao enredo: Bassânio queria conquistar Pórcia e, para isso, precisava de dinheiro. Procura seu fiel amigo Antônio, que, não dispondo da importância necessária naquele momento, pede três mil ducados emprestados ao judeu Shylock, a serem pagos no prazo de três meses. Num célebre toma lá dá cá, Shylock fecha um contrato com Antônio mediante o qual esse último lhe entregará uma libra de sua carne caso não devolva a quantia no prazo estipulado. Os navios de Antônio naufragam, contudo, deixando-o sem numerário para pagar a dívida. Shylock inicia um processo judicial, então, para obter a libra de carne do mercador. Durante o julgamento, Pórcia, já casada com Bassânio, finge ser o jurista Baltazar. Diante da recusa de Shylock em aceitar, no lugar da multa, o pagamento em dobro da quantia devida, Pórcia/Baltazar reconhece que o judeu tem o direito de reclamar aquilo que lhe é devido pelo inadimplemento da obrigação principal, ou seja, a libra de carne.

Poder-se-ia dizer que o primeiro princípio que norteia a trajetória argumentativa inicial de Pórcia é o do *pacta sunt servanda*: os pactos devem ser cumpridos. É o que vemos na peça: Baltazar vê-se obrigado a concordar com Shylock no sentido de que a pena prevista no contrato deve ser paga. O desrespeito àquilo que fora combinado entre as partes, afinal, colocaria em risco a credibilidade institucional, o que arruinaria Veneza. É a própria Pórcia quem diz: “(...) *não há força em Veneza que possa alterar um decreto estabelecido; um precedente tal intro-*



*duziria no Estado numerosos abusos; não pode ser.”*¹

No entanto, quando Shylock está prestes a executar a cláusula penal, ou seja, cortar um pedaço do corpo de Antônio, Pórcia/Baltazar o adverte de que o mercador só lhe deve uma libra de carne, o que significa que não lhe deve nenhuma gota de sangue: “*Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: ‘uma libra de carne’. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza.*”²

Shylock, nesse momento, muda de ideia e concorda em aceitar o pagamento em dobro da quantia devida, mas é tarde demais: ele já optara pela libra de carne. O judeu resolve desistir de sua pretensão (ou, como diríamos, em nossa própria linguagem técnica, opta por renunciar ao seu direito), o que, todavia, não lhe é mais permitido. Pórcia/Baltazar recorda, nesse ponto, que as leis da cidade dizem que um estrangeiro que atentar contra a vida de um veneziano perderá todos os seus bens. O doge decide, então, que metade dos bens de Shylock ficará com Antônio e a outra metade, com o tesouro público. Antônio abre mão de sua parte, que será entregue, após a morte de Shylock, ao genro cristão que fugiu com sua filha, contanto que o judeu se converta ao cristianismo. E os cristãos, ao final, vivem felizes para sempre...

Meu interesse está no quarto ato, quase todo ele ocupado pelo julgamento. Antes de examinar os vários desdobramentos jurídicos que podem ser extraídos dessa passagem, não custa lembrar que Shakespeare inovou, em *O Mercador de Veneza*, ao estender sua ficção até os tribunais. Isso é comum, hoje em dia, no cinema e na televisão, mas foi inventado por Shakespeare, por um dramaturgo que vivia numa Inglaterra profundamente contenciosa e fascinada pelas reviravoltas dos tribunais. A peça traz o processo judicial, em suma, para o palco, com todos os seus jogos, sua tea-

1- In: SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Trad. F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 92.

2- Ibid., p. 96.

tralidade e suas sutilezas argumentativas. O autor inglês descobre que há um lugar retórico a meio caminho entre o drama judicial e o drama teatral: seriam parentes? Deixo a pergunta.

A primeira questão juridicamente relevante consiste, é claro, no problema da cláusula penal do contrato celebrado entre Antônio e Shylock. Ihering já dizia que o título era nulo, por contar uma disposição contrária à moral, razão pela qual o juiz deveria ter-lhe negado a validade desde o começo: *“Se não o fez, cometeu uma rabulice lamentável quando recusou ao homem a quem tinha concedido o direito de cortar uma libra de carne de um corpo vivo a faculdade de derramar o sangue indissoluvelmente ligado a ele. Com igual razão, um juiz que reconhecesse uma servidão de trânsito a favor de alguém poderia proibir ao titular que deixasse rastros de pés no respectivo terreno, sob o fundamento de não ter sido esse direito consignado no respectivo título.”*³

Por certo, admite Ihering, Shakespeare expõe o assunto de tal modo que faz parecer que a decisão pela validade da cláusula penal era a única possível no mundo jurídico veneziano. Em suas próprias palavras: *“Ninguém em Veneza duvidaria da validade do título: os amigos de Antônio, o próprio Antônio, o Doge, o tribunal, toda a gente enfim estava de acordo em admitir que o judeu tinha o direito a seu favor. É com esta confiança garantida no seu direito por todos reconhecido que Shylock reclama o auxílio da justiça, e o sábio Daniel lho reconhece, depois de ter primeiramente tentado em vão decidir o credor, que clamava vingança, a renunciar ao seu direito.”*⁴

Em síntese, embora Ihering defenda a nulidade da garantia, acredita que, uma vez declarada válida pelo órgão jurisdicional, a pretensão de Shylock transformara-se em direito, motivo pelo qual seu desrespeito pela própria corte que o proferira arruinaria a ordem jurídica. Em sua crítica: *“Neste ponto principalmente assenta a meus olhos o interesse soberanamente trágico que Shylock nos oferece. Está realmente defraudado do seu direito. Assim, pelo menos, deve encarar o jurista o assunto. O poeta tem naturalmente liberdade para ele mesmo estabelecer a sua própria jurisprudência,*

3- In: *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Nota de rodapé.

4- Ibid.



e não queremos queixar-nos do fato de Shakespeare ter aproveitado, ou, antes, de ter conservado intacta a antiga lenda. Mas se o jurista quiser submetê-la a um exame crítico, não poderá deixar de dizer: o título em si era nulo visto que continha alguma coisa de imoral, o juiz deveria, portanto, recusá-lo por tal motivo desde o primeiro momento. Se o não fez, se o sábio Daniel lhe reconhecia validade, que era senão empregar um miserável subterfúgio, cometer um deplorável ato de chicana, proibir ao homem a quem se havia reconhecido o direito de cobrar uma libra de carne de um corpo vivo, a efusão de sangue, que deveria ser uma consequência natural e inevitável?”⁵

E, em outro trecho, completa: “(...), quando a sentença foi proferida, quando toda a dúvida sobre o direito do judeu pelo próprio juiz foi afastada, quando já nenhuma contestação ousa fazer-se ouvir, quando toda a assembleia, inclusive o Doge, está submetida à sentença inevitável, quando o vencedor, bem seguro do seu direito, quer executar aquilo a que a sentença o autoriza, o próprio juiz que solenemente reconheceu o seu direito ilude-o com uma objeção, com uma astúcia tão miserável e tão nula que nem digna é de uma reputação séria. Pois então há porventura carne que não contenha sangue? O juiz que reconhecia a Shylock o direito de cortar uma libra de carne do corpo de Antônio reconhecia-lhe por isso mesmo o direito ao sangue, sem o qual não pode na hipótese haver carne, e aquele que tem direito de cortar uma libra pode levar menos se quiser.”⁶

Posta a advertência de Ihering, seria interessante destacar, também, a questão da interpretação literal, que, na peça, é colocada em xeque. Há, de um lado, a inaceitável interpretação de Shylock, quando diz que o título não continha previsão alguma sobre assistência médica, rechaçando, assim, a sugestão de Baltazar de chamar um cirurgião para cuidar do mercador. Confira-se:

“PÓRCIA. Mandai buscar, também, um cirurgião, Shylock, para vedar-lhe as feridas, a fim de impedir que sofra uma sangria e morra.

5- Ibid.

6- Ibid.

- SHYLOCK** *Isto está especificado na caução?*
PÓRCIA. *Não está especificado; mas, que importa? Seria bom que o fizésseis por caridade.*
SHYLOCK. *“Não penso assim; não está consignado no contrato.”*⁷

Pórcia também interpreta literalmente, quando diz que a letra não prevê o derramamento de uma só gota de sangue: *“Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue.”* Como prescrevia a Escola da Exegese, *in claris cessat interpretatio*: quando a lei é clara, não é preciso interpretá-la. Daí tal corrente apegar-se à interpretação literal, a mais “imparcial” de todas. Ora, Shakespeare revela algo genial: que a interpretação literal não é imparcial. Tanto Shylock quanto Pórcia recorrem a ela e, no entanto, partindo da mesma técnica, chegam a conclusões opostas. Não há neutralidade no direito, nem em seus métodos. A interpretação é apenas um meio para fazer valer o que entendemos como justo, motivo pelo qual é importante identificar qual a concepção de justiça que está por trás da atividade hermenêutica.

Numa perspectiva mais ampla, penso que Pórcia se vale, a rigor, do argumento *ab absurdo* ou *reductio ad absurdum*, que vem sendo utilizado há séculos quando se quer demonstrar que a interpretação literal de alguma lei, tomada à risca, conforme sua letra, conduz a um resultado patentemente injusto, capaz de destruir, inclusive, o próprio sentido da norma que se pretendia como base de todo o raciocínio: *summa jus, summa injuria*.⁸

Detenho-me nesse passo: após examinar o contrato, Pórcia reconhece que a lei permite que o judeu obtenha sua libra de carne. Apoiado nesse parecer supostamente final do jurista Baltazar, Shylock exige justiça, com delirantes elogios ao novo Daniel, ao jovem, justo e perfeito juiz! Nesse *páthos* de exaltação e triunfo, Pórcia joga sua última cartada: *“Espera um momento. Ainda não*

7- Op. cit., p. 64.

8- Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 336-337.





Antônio (Jeremy Irons) no filme *O Mercador de Veneza* - 2004

é tudo.” O comentário de Bárbara Heliodora é esclarecedor: “Tudo muda quando Pórcia faz exatamente o que Shylock pediu: *dá-lhe apenas a letra da lei*, segundo a qual ele terá de cortar uma libra justa, nem mais nem menos, e sem derramar uma gota de sangue veneziano. Shylock, que se oferece então para receber o dinheiro, não pode voltar atrás – e perde tudo.”⁹

É costumeiro chamar Shylock de monstro vingativo. Porém, para Antônio, também não se aplica o adágio “aos inimigos, a justiça”? Justiça, e não misericórdia, pois Antônio acha justíssimo que o judeu não só perca tudo como ainda seja obrigado a converter-se ao cristianismo. Shylock, que já havia admitido a resignação como destino de sua tribo, sai da corte se dizendo disposto a obedecer todas as punições que lhe foram impostas.¹⁰ A fria letra da lei não apenas se volta contra o judeu como a própria autoridade encarregada de fazer justiça (o doge, no caso) ainda o obriga a abjurar sua religião.

Proponho a seguinte reflexão: e se considerássemos Shylock não como mais um vilão, pura e simplesmente, mas como a contraparte dramática de Antônio? A semelhança (talvez até física) entre

9- In: HELIODORA, Barbara. *Reflexões shakespearianas*. Rio de Janeiro: Lacerda Ed., 2004, p. 282. (grifo meu).

10- Laurence Olivier, por sinal, em sua célebre atuação como Shylock, não acrescentou nenhuma palavra ao texto original, mas, depois de sair de cena, “(...) deu um grito de animal ferido que marcou época.” HELIODORA, Barbara. Op. cit., p. 283.

ambos é tamanha que Pórcia/Baltazar, ao entrar na corte, pergunta: “*Quem é o mercador e quem é o judeu?*”¹¹ Há quem diga, com efeito, que a peça não celebra as virtudes cristãs, mas, ao contrário, revela a ausência delas.

A rigor, há mesmo mais semelhanças entre o comportamento de Shylock e o de Antônio do que pode mostrar uma leitura superficial. Se o ódio que Shylock demonstra por Antônio é grande, não é menor o ódio que Antônio sente pelo judeu. Como lembra Shylock: “*Signor Antônio, muitas e muitas vezes, no Rialto, vós me maltratastes a propósito de meu dinheiro e dos lucros que o faço produzir; mesmo assim, tudo suportei com paciente encolher de ombros, porque a resignação é a virtude característica de toda nossa tribo. Vós me chamastes de infiel, cão assassino e cuspiastes em meu gabão de judeu (...). Dizeis isso, vós que expelistes vossa saliva sobre minha barba e que me expulsastes a pontapés, como enxotaríeis de vossa porta um cão vagabundo (...).*”¹²

A engrenagem judiciária, na peça, está obviamente a serviço da vingança. De Shylock, é claro, mas também de Antônio. É preciso lembrar que a solução “justa”, no final das contas, não é tanto tomar os bens de Shylock, mas convertê-lo compulsoriamente ao cristianismo. Essa conversão rompe a consistência dramática da personagem e a aniquila de forma definitiva, já que, sendo cristão, Shylock não mais poderá exercer a atividade que sempre lhe garantiu a subsistência: o empréstimo de dinheiro a juros.¹³

O ato final do julgamento não é, assim, um ato de justiça, mas um ato de vingança, premeditado e anunciado desde o início. Primeiro, é confiscado o patrimônio do judeu, mais como benefício privado, venhamos e convenhamos, do que como retribuição pública. É Harold Bloom quem diz: “*Pórcia encarna a mentalidade do ‘vale-tudo’ que prevalece em Veneza, e, com sua misericórdia, sorrindo, arranca de Shylock a poupança de uma vida inteira, pa-*

11- Op. cit., p. 91.

12- Op. cit., p. 32.

13- Cf. BLOOM, Harold. *Shakespeare: a invenção do humano*. Trad. José Roberto O’Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 227/236.



ra o enriquecimento de seus amigos.”¹⁴ Finalmente, é exigida sua conversão, ou seja, a destruição total de sua identidade cultural.

Em *O Mercador de Veneza*, com efeito, o que se vê é a luta de dois indivíduos, Shylock e Antônio, no contexto dos meandros da legislação veneziana. Inicialmente, parece que Shylock prevalece. Ao final, contudo, Antônio prevalece de modo definitivo. É claro que Shylock busca a vingança. Mas também clama, em minha opinião, pelo reconhecimento que os espoliados buscam do poder público. Shylock quer, em última análise, o que lhe é devido, e mais nada. Não pretende, por exemplo, a conversão de Antônio ao judaísmo.

O modo implacável com que o judeu exige sua libra de carne tem seu contraponto na implacável exatidão com que o tribunal cristão o instrui a não tirar mais do que o peso de um fio de cabelo acima ou abaixo do que lhe é devido. A recusa do dobro da quantia emprestada em lugar da carne talvez remeta à percepção de que a carne humana não pode ser quantificada. Shylock quiçá demande desses corpos cristãos bem nutridos algo que vale muito mais do que o ouro: o reconhecimento de que também é humano, feito de carne e osso, rindo quando lhe fazem cócegas e sangrando quando é ferido.

Minha leitura, nessa linha, é a de que o grande desejo de Shylock é, na verdade, o desejo de reciprocidade humana, consistindo sua exigência de uma libra de carne cristã numa paródia macabra. Shylock é um canibal simbólico (e não são todos os católicos, por exemplo, na eucaristia?...). Vim aqui para instigar, e não para oferecer respostas fáceis. Minha provocação: talvez o que Shylock queira, no fundo, é a humanidade comum que Antônio e seus amigos devem ao judeu, mas que se recusam arrogantemente a conceder.

A manobra judicial mediante a qual os cristãos tiram seus pares do aperto, ao mesmo tempo em que pilham os bens do judeu, é ultrajante. Shylock não tem como sair ganhando, até porque sua verdadeira demanda é por reconhecimento. Mas também não pode sair perdendo completamente, uma vez que seu processo judicial acabou levando o Estado veneziano a desacreditar sua própria au-

14- Ibid., p. 229.

toridade. Ao penalizá-lo por sua impertinência judaica, a corte se revela tão voluntariosa quanto Shylock, ultrapassando seu próprio legalismo “desumano”.

No fim, por ter-se atrevido a exigir o pagamento de uma dívida legalmente válida, no contexto da peça, Shylock tem seus bens confiscados pelas autoridades e é obrigado a se tornar cristão. Sua resposta desesperada ao tribunal, nesse ponto, é pedir que lhe tire a vida. Nesse meio tempo, porém, o judeu desmascarou a justiça dos cristãos como um embuste. Flagrá-los em tamanha chicaneria jurídica é desacreditar seu próprio sistema jurídico, tal como emprestar dinheiro grátis, à moda de Antônio, é afetar a taxa de juros da cidade.

Até no tribunal há uma explícita parcialidade do doge perante Shylock. Referindo-se ao judeu, o responsável pela aplicação da justiça comenta com Antônio, uma das partes envolvidas, que o julgamento será difícil, tendo em vista as características do judeu: *“Sinto pena de ti [Antônio]; mas, foste chamado para responder a um inimigo de pedra, um miserável desumano, incapaz de piedade, cujo coração seco não contém uma só gota de misericórdia.”*¹⁵

O mais assombroso é o final: após todo o engodo do simulacro de julgamento (não houve justiça para com Shylock e seu contrato), a corte veneziana concorda em puni-lo com a força; mas, como “boa ação”, substitui a morte pelo confisco de seus bens e sua conversão ao cristianismo. Isso mostra que o maior pecado de Shylock, no fundo, foi ter nascido judeu.

Alguns dizem que Shakespeare era antissemita. Tenho a impressão, contudo, de que a peça consegue evitar o estereótipo do judeu demoníaco, dotando Shylock de uma extraordinária complexidade: apesar de apresentar características condenáveis, é um ser humano que sofre e tem motivações compreensíveis para agir da forma que age, sendo ao mesmo tempo vítima perseguida e carrasco vingativo.

Para mim, Shakespeare foge à dualidade maniqueísta, mostrando que a estigmatização recíproca faz aflorar a agressividade de ambos os lados. Ambos, Shylock e Antônio, são alvos de

15- Op., cit., p. 85



intolerância. Se levarmos em conta, com efeito, as inquietações antissemitas da época, a pergunta de Pórcia adquire novos contornos: “*Quem é o mercador e quem é o judeu?*”.

O *Mercador de Veneza* traz uma multiplicidade de discursos destoantes e uma série de indagações. São justamente esses elementos, no meu entender, que marcam a genialidade de Shakespeare: ao não assumir um ponto de vista banal, a peça deixa claro que a reflexão sobre os problemas levantados deve ir além dos conceitos de vítima e algoz.

O famoso discurso de Shylock, em que o judeu insiste na semelhança dos atributos humanos entre cristãos e judeus, revoltando-se contra a intolerância, expõe a temática da inversão de papéis, que é o *leitmotiv* da peça. A fala de Shylock, com efeito, faz lembrar o quão facilmente se invertem os papéis de carrasco e vítima, o que realmente ocorre: o judeu passa de vítima a carrasco e novamente à vítima no final.

O judeu se transforma de autor em réu, enquanto os cristãos irão demonstrar sua magnanimidade e a beleza da ideia do perdão: o judeu que não quis perdoar será, por artifício da justiça que protege apenas seus semelhantes, condenado à morte se seus acusadores não forem generosos com ele. E eles o serão. O perdão, ó céus, transforma os homens em Deus! Os cristãos ensinarão ao judeu vilão, vingativo e usurário a beleza do perdão. Sua vida será poupada! Mas seus bens serão confiscados: metade em vida, metade desde já garantida para a filha Jéssica (que renunciou ao judaísmo) e seu marido cristão.

Resta apenas, para Shylock, o usufruto de metade de seu patrimônio. E a abjuração de sua fé. O judeu será igual, portanto, a qualquer um dos cristãos. Milagre conseguido por meio da grandeza da condescendência dos mais fortes! Igual, mesmo que diferente. Com a conversão compulsória, poderão todos, menos o judeu, partir felizes para os verdes campos, onde viverão tranquilos, com a sensação do dever cumprido. Não há lugar em Veneza, como se vê, para o estranho.

Encaminho-me para o final. Os séculos XVI e subsequentes foram marcados pela intolerância para com todos aqueles que

fossem diferentes. A modernidade nos trouxe uma nova promessa, de igualdade e hospitalidade. Será que efetivamente acolhemos, contudo, todos aqueles que nos parecem de algum modo estranhos? O que a aurora do século XXI trará a todos nós, cristãos, judeus, muçulmanos, brancos, negros, amarelos, místicos, ateus... etc. e tal?

A meu ver, o novo milênio não terá outra opção que não a de conviver com o estranho, com o outro. Parece-me relevante, nesse aspecto, a reflexão de Lévinas, que propõe uma ética da alteridade radical, na qual o outro ocupa o lugar fundamental. O outro aqui é o estranho, o estrangeiro. Lévinas alerta que não somos donos de nossa própria casa e de que temos, para com o outro, uma dívida irresgatável. Ser sujeito é já ser subjugado ao outro. Jugo que me intima e me exige. Essa abertura ao outro significa uma responsabilidade radical para com o próximo, que não é resultado de uma intenção, mas de um sentimento em que o eu se deixa impactar pela alteridade e se torna refém do outro. O sentido do humano, enfim, estaria na responsabilidade irrecusável para com o outro.

A obra de arte nos faz pensar. *O Mercador de Veneza*, decididamente, nos faz pensar. E muito.



Responsabilidade tributária

Palestra apresentada no curso “Direito tributário”,
no auditório da EMAG, em 01/12/2010

MARIA RITA FERRAGUT*



EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Advogada. Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora em cursos de graduação e pós-graduação.

Responsabilidade tributária



O Chamado de São Mateus - Hendrick Terbrugghen

S início com uma questão teórica que diz respeito à relação jurídica tributária e onde ela se posiciona dentro da estrutura da norma jurídica, onde a sujeição passiva encontra-se na estrutura completa da norma jurídica. Rapidamente - já que imagino que vocês devem ter visto isto inúmeras vezes - temos a estrutura lógica da norma jurídica completa, inicialmente idealizada por Kelsen quando ele escreveu a Teoria Pura do Direito, e que considerava que a norma jurídica completa era composta por duas normas, primária e secundária. A primária, na Teoria Pura, era o que hoje nós entendemos por secundária, era a norma eminentemente processual, e a de direito material era secundária. Na visão dele, a coercitividade é que efetivamente

regulava a conduta, por isso classificou como primária a que seria mais importante, que é a que tornava eficaz a norma jurídica, e a secundária de cunho material, menos importante, uma vez que não provida de coercitividade. Em sua obra póstuma, Kelsen reviu esse posicionamento, afirmando que em que pese a norma de direito processual ser aquela que imprime a coercitividade, como nós estamos tratando de estrutura lógica, não faria sentido essa inversão, primeiro há direito material, depois o processual.

Dentro do direito material, que desde aquela época passou a ser a norma primária, temos a dispositiva e a sancionadora. Na dispositiva, dada uma hipótese, deve ser a consequência; na sancionadora, dada o descumprimento da consequência da primária, deve ser a sanção. Assim, dado ao fato de eu aferir renda, dever ser minha obrigação de pagar imposto sobre a renda; dado ao fato de eu não ter pagado imposto sobre a renda, deve ser a sanção. Na secundária tenho a minha negativa, este “não” refere-se tanto ao consequente da primária dispositiva quanto da sancionadora – o “v”, em lógica, significa “e/ou”.

Dentro do processo de positivação, temos a norma que descrevi no *slide* anterior, o ato de aplicação de direito pelo ser humano, fato e relação jurídica. Dentro do fato e da relação, chegamos à sujeição passiva. Sujeito ativo, sujeito passivo, um objeto, uma prestação de dar ou de fazer. E o direito subjetivo, que é subjetivo porque temos sujeitos identificados e o mínimo deôntico, que modaliza sua conduta em obrigatória, permitida ou proibida. Essa é a estrutura mínima necessária para que o direito possa obrigar alguém. Eu necessito de um objeto e no mínimo dois sujeitos, ativo e passivo.

Se vocês concordarem com o que foi posto até este momento, ótimo, daqui para a frente abordaremos algumas questões em que essas premissas teóricas não são aplicadas em muitas decisões. E em muitos entendimentos doutrinários. Quando tratamos, por exemplo, de decadência no que diz respeito ao sujeito passivo, e ele não for incluído num processo administrativo, e esse débito for redirecionado numa execução fiscal. Não estou tratando de dissolução irregular. Estou tratando da hipótese em que o ilícito ocorre no



“momento dois”, não vinculado ao fato gerador. Mas se meu ilícito é vinculado a esse fato gerador, existe um termo de verificação fiscal que aponta quem são esses sujeitos pretensamente responsáveis pela prática do ilícito, do crime contra a ordem tributária. E esses sujeitos não são intimados no processo administrativo e, portanto, não se defendem administrativamente, esse débito é redirecionado em fase de execução fiscal. Ocorreu ou não a decadência para as pessoas físicas? Se pensarmos que relação jurídica é um vínculo estabelecido entre no mínimo dois sujeitos e um objeto, tenho por obrigação identificar todo aquele que é devedor quando constituir uma relação.

Existe em Lógica um princípio que é o da identidade, que é um princípio que estabelece que P é igual a P . Então, se algo é branco, ele é branco, se algo é amarelo, é amarelo, se eu sou contribuinte, eu sou contribuinte, sempre P é igual a P . Isso significa que, se eu constituo uma relação jurídica que eu tenho como credor a Fazenda Nacional e como devedora a Maria Rita, o meu $P=P$ só pode ser a Maria Rita, a devedora. Este sujeito passivo Maria Rita Ferragut é diferente do Prof. José Eduardo Soares de Melo, são sujeitos diversos. Se decadência é decurso de prazo para constituição de relações jurídicas, se eu constituo uma relação jurídica Fazenda Nacional e Maria Rita, a relação constituída não é José Eduardo Soares de Melo. Nessa medida, se a Fazenda sabe que esse ilícito ocorreu e ela tem como identificar os sujeitos responsáveis durante a fiscalização, tanto é que ela os identifica no termo de verificação fiscal, a nossa premissa teórica nos guia a essa conclusão. Então, se entendermos que a relação jurídica é o vínculo estabelecido entre no mínimo duas pessoas que tenham como objeto uma obrigação de dar ou de fazer, e que $P=P$ (princípio de identidade) é aplicável ao direito em todas as situações, não há como não reconhecer a decadência nos casos em que o administrador não é incluído no auto de infração.

Sujeito passivo é pessoa física ou jurídica que consta de uma relação jurídica tributária. O sujeito que praticou o ilícito, mas em nenhum momento é chamado para figurar no polo passivo de uma relação, na minha visão não é sujeito passivo. Nas

situações de substituição tributária, nos regimes monofásicos, será que os sujeitos do meio da cadeia são sujeitos passivos? Algumas pessoas entendem que sim e outras que não. A minha questão é: se não há nenhum crédito constituído contra um intermediário dessa cadeia, uma empresa que está ali no meio, como vem no processo de industrialização, como é que eu posso dizer que ela é devedora? Não há nada, não há declaração em nome dela, não há auto de infração em nome dela, então a relação jurídica não foi estabelecida.

Uma outra premissa importante é a questão da inexistência de previsão constitucional do sujeito passivo tributário. Esse é também um ponto em relação ao qual a doutrina se divide, muitas pessoas não concordam com isso: para mim inexistente previsão constitucional, a Constituição prevê materialidades, então eu posso tributar a renda, eu posso tributar a receita, a importação, a prestação de serviço mas ela não traz um elemento de quem seja o sujeito obrigado a levar dinheiro aos cofres públicos. Eu sei que por conta da capacidade contributiva e do fato de a tributação ser uma incursão no patrimônio privado, legítima desde que aquele fato que o sujeito praticou revele uma riqueza, deve existir alguma relação entre a riqueza produzida e o sujeito que figura naquele polo passivo. Se não foi o sujeito que manifestou a riqueza propriamente dita, deve ao mínimo ser uma pessoa vinculada a ele ou àquela materialidade: o imóvel que ele está adquirindo, o carro que ele está adquirindo que de alguma maneira permita que aquele terceiro possa se ressarcir, ou retenção na fonte ou ressarcimento, daquele valor que ele pagou por conta de um fato jurídico tributário não praticado por ele. Mas quem define se é o vendedor do imóvel ou o comprador do imóvel é a lei complementar, de acordo com o art. 146, III, da Constituição Federal.

Passemos às espécies de sujeito passivo. São elas: contribuinte e responsável. Contribuinte é o sujeito que praticou o fato jurídico, e responsável aquele que não praticou mas que, em função de uma previsão legal, é colocado na situação de devedor.

Dentre as espécies de responsabilidade tributária que a doutrina normalmente elenca como existentes no direito brasileiro, temos cinco. Algumas pessoas não concordam com isso e entendem



que teríamos apenas três espécies, e solidariedade, por exemplo, seria um efeito da substituição. O que é um entendimento completamente defensável. Para mim parece que é mais fácil e tranquilo trabalhar com essas categorias se nós definíssemos assim: substituição, solidariedade, sucessão, terceiros e infração. A substituição que eu coloquei aqui como “ST”, como hoje é denominada, é quando tenho um terceiro que não aquele que praticou o fato jurídico. Desde o início ele figura como sendo o devedor daquela relação, desde o início, desde a constituição, seja por ele, seja pela Fazenda. Ele figura como devedor daquela obrigação. Na solidariedade temos dois ou mais responsáveis pelo pagamento. Sucessão, um contribuinte ou um terceiro deve, ocorre um fato qualquer não tributário que enseja o deslocamento da sujeição passiva para um terceiro. Essa responsabilidade por sucessão pode ser por um fato lícito qualquer, como num caso de falecimento, de uma morte, como por um ilícito na aquisição de um estabelecimento, que até no finalzinho eu vou ver um pouco com vocês, quando se adquire um estabelecimento comercial e não se tomam algumas precauções. Já na responsabilidade de terceiros, temos o famoso artigo 135 do CTN, que é uma forma, na minha visão, extremamente eficaz, juntamente com a substituição tributária, de arrecadação, porque todas essas regras de responsabilidade existem há muitos anos, desde o advento do CTN.

Se é assim, por que é que atualmente as pessoas discutem tanto responsabilidade tributária? Porque passou-se a aplicar demais esta questão. Foi um remédio legal que o aplicador do direito encontrou porque de fato dentro de uma sociedade – e essa é uma constatação que eu tenho no meu dia a dia profissional – quando lidamos com empresas de executivos em que o sujeito é contratado para administrar uma empresa e o Fisco vem e redireciona o processo para ele – não estou falando de fraude, não – um redirecionamento porque o sujeito era administrador, ele era o controller, o diretor financeiro, há esse redirecionamento. Muitas empresas pagam, elas não querem que aquele executivo seja envolvido num débito da pessoa jurídica em relação à qual ele não teve qualquer atitude incorreta. Nessa medida, a redirecionamento tornou-se

medida muito eficaz do ponto de vista de arrecadação. E aqui não estou fazendo qualquer juízo de valor, se isto é certo ou errado. O que estou dizendo é que o CTN prevê essa possibilidade e hoje em dia o Fisco a utiliza muito. O que para mim é uma constatação, vamos dizer assim, é que, a partir do momento em que se passou a arrecadar mais por conta de o administrador estar envolvido no polo passivo das execuções, houve um exagero por parte do credor - Fisco, de envolver todo e qualquer devedor. Nós tínhamos um determinado momento que só a pessoa jurídica era responsável, existiam inúmeras situações de sonegação, de crime contra a lei tributária, e o administrador, em que pese poder responder pelo débito, não o era. Aí a balança vai para o outro lado, e se incluem todos os administradores. Sejam aqueles que participam de um ilícito, sejam aqueles que estão administrando uma empresa completamente regular. É necessário achar esse ponto de equilíbrio.

Acredito que o papel do Judiciário seja extremamente relevante, e é o único que pode resolver. Não dá pra ser radical de um lado e radical do outro. Tive uma experiência há alguns anos de um diretor da Kodak, em que o Fisco fez uma auditoria por amostragem e comparava a receita de vários anos dizendo que ali havia fraude, indício de omissão de receitas e incluía o administrador na execução fiscal na qualidade de sujeito passivo solidário. Mas qual foi o elemento probatório utilizado pelo fiscal à época para chegar à conclusão de que houve a fraude? O fato de a Kodak ter faturamento médio de X milhões e de repente a receita diminuir bruscamente. Ora, isso era um fato real? Era. Interpretação é texto e contexto. A Kodak há 10, 15 anos devia ser uma grande contribuinte de tributos federais. Era uma grande empresa, empregava muitos funcionários. Mas por quê? Todos nós consumíamos o filme, você tirava foto com filme, e você comprava filme da Kodak. Com o advento da câmera digital, poucas pessoas ainda consomem esse produto, então não dá pra uma empresa daquela dimensão manter o mesmo faturamento que ela tinha há dez anos. Isso é impossível. E não há fraude ou ilegalidade nisso, são condições do mercado.

Uma outra situação que tomei conhecimento foi da Olivetti, máquinas elétricas. Quando comecei a estagiar, tive o prazer de



trabalhar com o Dr. Aires Barreto. Eu estava no primeiro ano da faculdade e me sentia muito orgulhosa, pois apenas eu e uns 2 ou 3 amigos meus, que estagiavam no Pinheiro Neto e no Mattos Filho, tinham a máquina elétrica da Olivetti. Para todos os demais, a máquina era manual. E isso não faz tanto tempo assim... Mas será que hoje em dia alguém sai para comprar uma máquina da Olivetti? O contexto social e econômico se alterou, e ele não pode ser desprezado quando se decide um caso concreto. Idem para o envolvimento do administrador nos passivos fiscais. O ponto de equilíbrio pode ser encontrado pelo Judiciário, por meio das provas. Se o sujeito cometeu algum ilícito, ele deve necessariamente constar do polo passivo, a legislação infraconstitucional permite, a legislação constitucional permite, ele responde com patrimônio particular de uma forma ilimitada. Eu entendo que isso é totalmente constitucional. Qual é o meio para que essa legalidade seja preservada? Que se tenham provas contra esse sujeito.

A jurisprudência do STJ, como as senhoras e os senhores bem sabem, entende que não é necessária a prova do ilícito, bastando a inclusão do nome do administrador na certidão de dívida ativa, ato jurídico eivado de presunção de validade. Mas se vocês analisarem essas decisões do STJ, constatarão que elas não dizem respeito ao conteúdo do ato jurídico e sim à forma. Então o procedimento de introdução daquele ato é presumidamente válido, ou seja, órgão e procedimento. É processo de constituição, fonte do direito, e não conteúdo do ato em si: envolver a Maria Rita ou qualquer outra pessoa. A presunção que recai é sobre o ato mas esse posicionamento acabou sendo um pouco desvirtuado, e hoje todos entendem que o posicionamento do STJ é no sentido de que a CDA possui presunção de validade e o Fisco não precisa apresentar qualquer prova. Acho isso temeroso porque compete a quem alega provar. E não adianta dizer assim, “ah, essa prova é impossível de ser produzida”. Não é impossível de ser produzida.

Tive oportunidade de participar, há alguns anos, de um projeto da Receita Federal em que o foco era a discussão da responsabilidade tributária, em vários aspectos. E nós tivemos reuniões quinzenais durante 1 ano e meio. E num determinado momento

essa questão foi abordada e a Procuradoria não concordava com o que eu estava dizendo, pois alegava que a produção de provas era inviável. Como é que o Procurador vai fazer para produzir essa prova, perguntavam? E respondia que ela cabia ao auditor. Quando a execução fiscal chega para o Procurador, a prova, de fato, é de produção praticamente impossível, pois ele não tem como retornar à empresa e descobrir quem foi a pessoa física responsável pela prática daquele ilícito. Isso não dá. Se o processo não chegar com todos os subsídios, é um esforço vão. Ocorre que o auditor fiscal, ao se dirigir até a empresa, tem todos os elementos disponíveis. Passemos agora à responsabilidade do administrador por fraude, que de antemão exclui débitos declarados e não pagos, os quais são incluídos na dissolução regular. Se a pessoa declarou e não pagou, não há que se falar em ilícito do administrador porque o débito está declarado. Então não há auto de infração.

A segunda hipótese é de haver auto de infração. Se há auto de infração, o auditor foi até a empresa e verificou que havia um ilícito e, da mesma forma que o auditor intima a pessoa, apresenta talonário de notas fiscais, os livros, os extratos bancários, ele pode intimar a pessoa jurídica para que apresente o autor desse crime contra a ordem tributária. Daí as pessoas falavam assim: “ah, Rita, quem é que vai responder isso?”. Talvez ninguém responda, mas a função administrativa está sendo adequadamente cumprida.

Se o auditor fiscaliza, tem acesso a um indício, a uma prova direta de fraude, preciso descobrir a autoria deste fato. Se a pessoa jurídica se nega a apresentar a autoria, aí eu, auditor, escrevo isso no meu relatório fiscal dizendo que não foi apresentada autoria e aí envolvo o controle, o diretor financeiro, o gerente, dependendo da estrutura daquela empresa. Mas eu tive como subsidiar o julgador depois. Seja o julgador do Carf ou V.Exas., você tem elemento para decidir. O problema é quando o processo chega sem provas. Estava participando de um evento semana passada com Dr. Renato Becho e ele fez uma colocação bem engraçada, com que eu concordei. Ele falou assim que o juiz devia ter direito de opor embargo de declaração. Não sei se era brincadeira ou se era sério, mas eu achei que foi muito feliz essa colocação. Porque tem situações em que vocês



precisam decidir apesar das provas e, se não tem provas, como é que eu decido? Se o Fisco alega que a Maria Rita cometeu um ato de má gestão, ele precisa descrever adequadamente qual é esse ato e indicar qual é a autoria. Se não o faz, é como se o Direito permitisse que as pessoas fossem responsabilizadas apesar dos fatos que elas praticam. Porque veja bem, se a gente levar até a última consequência – e aí eu não estou querendo trabalhar com exceção, mas isso é uma realidade, infelizmente no Direito brasileiro – alega-se e não se prova. Qual é a segurança jurídica que eu tenho de que só paga imposto de renda quem auferir renda, só paga imposto de importação quem importar, só paga o ICMS quem circular mercadorias, se a prova é irrelevante? Para mim, a legalidade e a segurança jurídica só são concretamente atingíveis mediante produção probatória.

Nós vivíamos um determinado momento histórico e época. Assim, o professor Geraldo Ataliba insistia muito na reflexão da Constituição, que a Constituição era muito importante, que nós tínhamos que estudar a Constituição e que a Constituição era tudo. Ele tinha uma retórica toda particular, quem teve oportunidade de assistir a alguma apresentação dele sabe disso, ele defendia coisas que ninguém mais conseguiria. Se ele chegasse aqui e dissesse que esta sala é vermelha, nós sairíamos daqui acreditando que esta sala é vermelha, tamanha era a retórica que ele tinha, mas uma retórica extremamente importante para um momento em que as pessoas esqueciam que a Constituição existia. Era tudo instrução normativa. Só que esse momento já passou. Tivemos um segundo momento em que tudo era tese fiscal. Só tínhamos teses fiscais. Esta página também já está virada e hoje o que nós precisamos é analisar provas. E essa retórica é fundamental para persuasão, para o livre convencimento motivado de vocês. Então o Fisco precisa entender que essa prova é possível e necessária e o Judiciário, na minha visão, precisa, com todo respeito, acatar, senão qualquer alegação basta e aí não há segurança jurídica que se sustente. Basta que eu autue, por que eu tenho uma constituição com divisão constitucional de competências? Claro que eu estou levando à última instância, mas a consequência é essa, eu simplesmente não vejo outra.

Um avanço que identifico, e que sei que o meu caro professor José Eduardo tem as suas divergências, é a questão da Portaria 180/10, da Procuradoria, que, em minha visão, é um grande avanço na questão da produção probatória. Claro que ela deve ser ainda melhorada, mas nem por isso deixa de ser um avanço. Ela estabelece que a partir de junho desse ano os responsáveis devem estar incluídos na certidão de dívida ativa, e que esta inclusão deve ser fundamentada nas provas apresentadas. Se essa inclusão for feita posteriormente, como no caso do artigo 4º, os documentos probatórios da autoria da infração, precisam estar juntados. Se não o fizer, haverá invalidade da inscrição e conseqüentemente da execução fiscal. Inscrição inválida, execução fiscal também inválida. Esta é a consequência, mas o ponto extremamente positivo é que em que pese o STJ se firmar no sentido de que essa prova é desnecessária, a Procuradoria vem dizendo que não, o Sr Procurador deve municiar a execução com provas. Da mesma forma que a tese dos 10 + 10 era pacífica no STJ e que a sociedade não acatou essa tese, nem o Fisco nem o próprio Judiciário, ela vigorava. Para mim, a presunção de validade, apesar das provas, deve ser revertida no futuro, e eu espero que se reverta, efetivamente.

Decadência e processo administrativo. Crédito tributário, como inicialmente coloquei para vocês, é conceito relacional. Constituir o crédito é constituir uma relação jurídica, um objeto e dois sujeitos, credor e devedor. Para isso eu devo fazer num determinado prazo, que é o que a lei imputa, e, se eu não fizer por inércia, perco o direito de constituição. O administrador que é identificado durante a fase de fiscalização como responsável pela prática do ato ilícito, e não é intimado para se defender do processo, contra ele impera a decadência. Sem dúvida alguma, o crédito não foi constituído contra aquele administrador. Diferentemente da dissolução que ocorre no momento posterior, e então não há inércia qualificada. Mas, no ilícito vinculado ao fato gerador, há inércia.

Tenho uma decisão relativamente recente, muito interessante doutrinariamente, do TRF2. Tratava-se de uma situação de uma fraude, com interposição fraudulenta, uma operação estruturada em que existiam laranjas participando. A Receita Federal



lavrou o auto de infração contra um determinado distribuidor que ficava no Espírito Santo, e do começo ao fim do relatório fiscal mencionou os dois sócios, que eram os laranjas, etc. Tinha todo um descritivo de responsabilidade para aquelas pessoas, de crime cometido contra o erário. Eles não foram intimados do auto de infração, só a pessoa jurídica que estava inativa, e não foi localizada. A dívida foi inscrita, e no processo de execução foram apresentadas defesas via embargos à execução. Perderam em primeira instância, recorreram e o processo hoje se encontra no TRF para decisão da apelação. Até então, a empresa e as pessoas físicas perderam tudo. Nesse meio tempo, essas duas pessoas físicas impetraram um mandado de segurança dizendo “Sr. Juiz, eu fui acusado em 50 folhas daquele relatório fiscal e eu não tive oportunidade de me defender administrativamente. Quero a reabertura do processo administrativo.” O juiz não deferiu a liminar, não concedeu a segurança mas o Tribunal, no final do ano passado, e por unanimidade, reformou a sentença, por entender que “se o sujeito foi acusado de um crime, ele tem direito de se defender. Então reabra-se o processo administrativo intimando essas pessoas físicas para apresentação de defesa”. E é o que está ocorrendo agora. As pessoas físicas foram intimadas, está no prazo ainda de apresentação de impugnação e esse processo foi reaberto. E onde eu quero chegar com vocês: é um débito acima de 100 milhões de reais, em que até agora tudo foi perdido, a apelação está no TRF2, as duas pessoas físicas são pessoas de bens, são ricas, e estão iniciando uma defesa administrativa em que será alegada a nulidade da CDA porque o processo administrativo foi reaberto. Então o título, que tem que ser certo, líquido e exigível, não o é, e há decadência com relação às pessoas físicas.

Se vocês me perguntarem se eu acredito que existe a possibilidade de êxito diante de um débito tão elevado, com um relatório bem feito pela Receita, eu diria que não, porque dificilmente um juiz decidiria pela decadência. O lado emocional conta, pois o juiz é um ser humano impregnado de valores. Mas se abstrairmos essas peculiaridades fáticas e analisarmos exclusivamente o direito, não vejo como não se decidir favoravelmente às pessoas físicas, com base na

decadência. E ainda que essa não seja a decisão do Judiciário, em última análise um processo que já está no Tribunal será anulado, com o reinício de toda a discussão e vários anos de lide.

Continuando a questão da decadência, a possibilidade de substituição da CDA é diversa de contagem de prazo decadencial na minha visão, isso pode ocorrer, sempre, a legislação permite, desde que esses dados não estejam decaídos.

Indicação do sócio na certidão de dívida ativa para mim é necessário e a Portaria 180 corrobora esse posicionamento. Uma coisa é a legitimidade passiva que pressupõe a legitimidade material, e a outra é a questão da sujeição passiva na execução fiscal. Então fui citado, já sou sujeito passivo dessa execução fiscal e possuo legitimidade processual, que é diversa da legitimidade material que pressupõe a prova. O responsável tributário é sujeito passivo a partir de sua citação, mas o processo não deve se desenvolver validamente caso não exista nenhum indício de que há algum ato de má gestão por parte daquele administrador.

Aqui é a continuidade do que eu coloquei e a ilegalidade que existe na inobservância dessa indicação está nos artigos 202 e 203 do CTN e na lei de execuções fiscais. O posicionamento do STJ é em sentido diverso, é de que é dispensável essa apresentação de provas de que falei.

Uma outra questão que gostaria de tratar e considero como extremamente importante, e que foi um assunto que tive conhecimento na metade do ano por conta de discussões com a Procuradoria, e que me assustou.

Está sumulado pelo STJ - Súmula 435 - que a não localização da empresa gera presunção relativa de dissolução irregular. Empresa inativa não é mais considerada a de dissolução irregular. O primeiro ponto que coloco é de quem é o sócio responsável no caso de dissolução irregular. Para mim é o sócio responsável pela dissolução, porque é esse o ilícito. Então imaginem que tem uma empresa que declara e não paga, essa empresa é vendida e depois ela desaparece. O sócio responsável deve ser aquele que era sócio à época do desaparecimento, não à época da prática do fato gerador em que esses débitos foram declarados, ou mesmo que fosse auto



de infração, mas que a empresa foi localizada. A infração é única, e refere-se exclusivamente ao desaparecimento.

A Portaria 180 considera que os dois são responsáveis: tanto o sócio da época do fato gerador quanto o sócio da dissolução irregular.

O ponto polêmico dessa questão toda é a questão da comprovação. Como provo a dissolução irregular? O STJ entende que é certidão do oficial de justiça. Essa é a forma da comprovação da dissolução irregular. Se essa jurisprudência, que é pacificada no STJ, vai mudar, eu não sei, pode ser que ela mude. Mas hoje, se nós tirássemos uma fotografia, eu só provo dissolução irregular com certidão do oficial de justiça, para o STJ. Devolução de AR negativo não é prova de dissolução irregular.

E qual o problema que se coloca? A forma ordinária de citação é o AR. Oficial de Justiça ou edital são meios excepcionais previstos em lei. O AR retorna negativo, uma ou duas vezes. A Procuradoria requer o redirecionamento com base na não localização da empresa. Qual é o despacho que vem sendo dado? Credor ou Procurador, informe o novo endereço para que o oficial de justiça se dirija até a devedora, e nós possamos citá-la. Ocorre que o Procurador não sabe qual é o novo endereço. É uma situação de dissolução irregular, ele não tem como comprovar qual é esse novo endereço. Na verdade, o pedido do Procurador é para que o oficial de justiça vá e constate a não localização, uma vez que o STJ entende que é necessária essa certidão do oficial. Essa é a função, e não a de citação, porque o Procurador não sabe onde o sujeito está, ele desapareceu. E o Judiciário só defere o redirecionamento se for apresentado um endereço novo. Quando não é apresentado esse endereço, ele indefere. E então como a Procuradoria produz prova? Ela não produz, e o advogado ganha tranquilamente no STJ, porque eu excludo a pessoa física do polo passivo dessa relação. Se vocês concordam ou não com essa decisão, é outra história. O que eu gostaria de chamar a atenção é que a produção probatória é muito complicada nessa situação, porque realmente, se não houver a citação pelo oficial de justiça, a dissolução não é comprovada.

Como alternativa, existe uma decisão do desembargador

Carlos Muta, aqui do Tribunal, em que depois de várias tentativas da Procuradoria em solicitar o envio do oficial de justiça para atestar a não localização, eles protocolaram um pedido de constatação de não funcionamento da atividade empresarial, e o desembargador o deferiu. Neste caso concreto, portanto, o oficial de justiça foi até a empresa para constatar a inatividade e a não localização dessa empresa.

Passemos ao prazo para redirecionamento, que é de 5 anos da constatação do ilícito. Isso é uma coisa muito complicada porque, se nós considerarmos 5 anos de ilícito, pode ser qualquer prazo, podemos chegar a 40 anos! Sim, isso é verdade, mas não dá pra ser diferente porque até então eu não tenho o fato que autorize o redirecionamento. E se ele foi praticado depois de 10 anos do processo de execução, paciência, é a partir desses 10 anos que se dissolveu, e é a partir dali que deve ser feito o redirecionamento. Menos que isso seria punir o credor de uma forma indevida.

Para encerrar, eu gostaria de trazer para vocês a questão da prescrição no redirecionamento. O prazo prescricional conta-se da citação do devedor para o redirecionamento. O devedor, no caso, a pessoa jurídica, o contribuinte. A partir do momento dessa citação, em 5 anos deve ser o redirecionamento. Se não for, tem prescrição intercorrente. Era uma posição consolidada. Existe uma decisão agora de 8 de outubro, que foi dada pela Segunda Turma do STJ, que diz o seguinte: a posição está firmada nesse sentido, mas o contexto em que essas decisões foram dadas era em outro contexto, do artigo 40 da LEF, em que não havia nenhuma relação com inércia do credor. Eu não posso generalizar prazo prescricional, de 5 anos para todas as situações. O prazo prescricional deve se contar no caso de ilícito praticado pelo administrador, em 5 anos do fato ilícito descoberto, durante um processo de execução.

No caso concreto desta decisão que mostro a vocês, o sujeito embarga a execução, depois solicita um parcelamento, vai pagando, pagando, e desaparece antes de quitar a dívida. A pessoa jurídica pretende usar dos cinco anos da citação do devedor e, assim que se passam os cinco anos, a empresa desapareceu. A Procuradoria tentou redirecionar a execução, e alegava prescrição intercorrente.



O STJ decidiu que não, pois durante o adimplemento do parcelamento o devedor embargou e depois parcelou. Então, durante o pagamento do parcelamento, não existia qualquer tipo de inércia do credor, ele não poderia redirecionar porque o devedor estava cumprindo com sua obrigação. Então esse fato não tributário, que originaria o redirecionamento, inexistiria no caso concreto. Esse é o exemplo usado nesta decisão. O prazo prescricional é de cinco anos da descoberta do ilícito e não da citação. Talvez existam outras, mas é a primeira que eu tenho conhecimento, do STJ, que muda o entendimento de que o redirecionamento deve ser sempre de cinco anos da citação do devedor.

Imposto sobre a renda e planejamento tributário

Palestra apresentada no curso “Direito tributário”,
no auditório da EMAG, em 01/12/2010

PAULO AYRES BARRETO*



EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo.

Professor-Associado da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

Imposto sobre a renda e planejamento tributário



 tema do planejamento tributário, assunto bastante atual, tem sido objeto de intensos debates nos últimos anos em nossos tribunais administrativos, o que significa que, futuramente, esse tema será debatido também no poder judiciário. Em se tratando do tema planejamento tributário e imposto sobre a renda, a primeira questão que surge é por que colocar sob foco esse imposto e, em segundo lugar, se planejamento tributário é algo que cabe e deveria ser consignado em relação a qualquer tema do direito tributário, qualquer tributo existente no nosso ordenamento jurídico.

Na realidade, por algumas razões, a complexidade da base de cálculo do imposto sobre a renda faz com que haja uma perspectiva mais ampla de estruturação de planejamento tributário em torno desse tributo.

Cabe planejamento tributário no ISS, ICMS, IPI, em todos

os tributos. No entanto, no imposto sobre a renda, as oportunidades, as alternativas de estruturação de planejamento tributário são mais efetivas.

Questão muito recorrente nesse tema é a compensação de prejuízos: há uma empresa de um mesmo grupo que é lucrativa, uma outra deficitária e, dentro dessa perspectiva, surge a hipótese de planejamento para a compensação de prejuízos acumulados.

Outra discussão acerca do planejamento tributário diz respeito à regra de dedutibilidade dos ágios na apuração da base de cálculo sobre a renda visando estimular as privatizações, regra essa que vem produzindo efeitos jurídicos relevantes, desde o governo Fernando Henrique.

Por exemplo: alguém compra uma empresa pagando um valor maior do que aquele que consta no seu balanço, no seu patrimônio líquido, pagando um diferencial de preço a título de ágio. Em tese, esse diferencial será tributado pelo detentor daquela participação. Em contrapartida, esse mesmo diferencial será dedutível, em certas circunstâncias, na pessoa jurídica do adquirente.

Outra questão diz respeito aos paraísos fiscais. Muitas estruturas de negócios internacionais, aquisições de empresas, fusões de empresas, têm um passo relevante dentro de um paraíso fiscal e, portanto, uma oportunidade grande para a redução de carga tributária. Isso vem sendo questionado fortemente nos Conselhos Administrativos.

Em artigo recente publicado no jornal *Valor Econômico*, o professor Ives Gandra da Silva Martins questionava a tendência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de não se admitir que uma atividade intelectual possa ser objeto de estruturação, por intermédio de uma pessoa jurídica, sem que se configure a intenção de se pagar menos tributo.

Enfim, exemplos não faltam de situações no âmbito do imposto sobre a renda que dão ensejo à discussão em torno do tema planejamento tributário. Essas situações, em parte, decorrem da complexidade da base de cálculo, referida há pouco e, de outra parte, da própria decisão do legislador de exigir imposto sobre a renda em diferentes medidas para situações que são relativamente próximas.



Exemplificando: se uma participação societária numa pessoa jurídica é vendida, grosso modo, paga-se imposto sobre a renda e contribuição social sobre o lucro, à razão de 34% sobre o ganho de capital, ou sobre o lucro apurado na apuração. Se essa mesma operação for feita por meio de uma pessoa física, a tributação cai para 15%.

Essa distinção foi promovida pelo legislador e, evidentemente, ao assim promovê-la, ele incentiva, fomenta ou ainda admite a possibilidade de que alguém que queira pagar menos possa estruturar essa operação por intermédio de uma pessoa física e não jurídica.

O que se pretende enfrentar aqui são os chamados limites para o planejamento tributário, expressão hoje tão colocada e desgastada. Segundo o ex-secretário da Receita Federal Everardo Maciel, essa expressão precisa mudar porque está fulminada. Basta chamar de “planejamento tributário”, pelo menos administrativamente, e a chance de insucesso para quem o fez torna-se muito grande.

Será que o contribuinte não pode planejar suas ações no sentido de pagar tributos da forma menos onerosa possível? Será que o Fisco não planeja suas ações? Será que o Fisco, isonomicamente falando, só irá fiscalizar um contribuinte, um CNPJ, depois de ter fiscalizado todos os demais?

Há dez anos, isso demandaria pelo menos 83 anos. Hoje, obviamente, o tempo será maior.

Quando se criam as delegacias do contribuinte, o Fisco está planejando suas ações. Interessa examinar de perto aqueles que arrecadam mais e não perder tempo com quem arrecada pouco, paga pouco tributo. Em que limites o contribuinte pode fazer o mesmo?

Walter Pedrosa Barreto Júnior, na ocasião de sua dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP, efetuou levantamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais entre os anos de 2006 e 2008. Examinou 50 acórdãos relevantes no Conselho. Dentre os temas mais abordados, estavam:

- (i) ganho de capital (a chamada operação casa-separa):

Na compra de uma empresa, um sujeito entra com o dinheiro e outro com ações. Dias depois, aquele que entrou com o dinheiro sai com as ações e o que entrou com as ações sai com o dinheiro;

- (ii) incorporação às avessas: uma empresa pequena com prejuízo incorpora empresa grande com resultados; e
- (iii) situações em que pessoas físicas se estruturam como pessoas jurídicas e acabam sendo autuadas pelo Fisco sob a argumentação de que suas atividades eram típicas de pessoas físicas.

Walter Pedrosa Barreto Júnior concluiu que em apenas um caso havia uma situação legitimada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Em todos os demais, os planejamentos não eram oponíveis ao Fisco.

Caso o mestrando tivesse levado sua pesquisa até o ano de 2009, chegaria, dentro desse tema, a 100% de posicionamentos contrários ao contribuinte.

Verificando os períodos de 1990/2000 e 2001/2010, nota-se uma mudança radical de posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nos primeiros dez anos, qualquer estruturação bem feita em termos documentais e com respaldo legal haveria de ser admitida. Já nos últimos dez anos, praticamente nenhuma operação em que se tenha redução de carga tributária é aceita.

Para se entender o que mudou ou qual posicionamento do Fisco é o mais acertado, é preciso analisar o que mudou no direito positivo, na doutrina e o que se tem visto no direito comparado para, então, se estruturar um raciocínio em torno do que são efetivamente os limites normativos à realização do planejamento tributário.

No direito positivo, desde o início de vigência do código de 1966, há a regra do artigo 149, inciso VII, que prevê que o lançamento será efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa, quando se comprovar que o sujeito passivo, ou terceiro em



benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Em 2001, surgiu a novidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN, que estabelece que a autoridade administrativa poderá desconsiderar os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

A lei ordinária prevista no parágrafo único do art. 116 ainda não existe. Houve uma primeira tentativa de produção desta legislação, por meio da medida provisória 66, que não foi convertida em lei.

Além disso, a vigência do novo Código Civil brasileiro é uma referência forte ao que a Receita Federal tem defendido ter sido a razão para essa mudança de posicionamento. É de se reconhecer, obviamente, o relevo da nova codificação civil. Entretanto, em matéria de planejamento tributário, o referido código tem sua importância relativizada.

É preciso verificar se a matéria a ser cuidada está tratada no plano constitucional. Se estiver, o relevo da codificação civil será menor. Por outro lado, se a matéria a ser analisada estiver reservada à lei complementar, será, evidentemente, a lei complementar em matéria tributária que irá resolver a questão, e não o código civil brasileiro.

No mais, é preciso verificar ainda se não há legislação específica sobre o tema, seja legislação federal, estadual ou municipal. Havendo lei especial, esta prevalece sobre a norma de caráter geral e, portanto, a lei civil só será importante em um tema como planejamento tributário se este não estiver em nenhum dos outros níveis legislativos.

No caso, a matéria tributária vem fortemente trabalhada no plano constitucional e especificamente trabalhada no plano da lei complementar, nos art. 149 e 116 do CTN, lei ordinária recebida com eficácia de lei complementar que cuidou dos limites normativos em matéria tributária para estabelecer até onde o planejamento pode ser feito, ou quando se torna inaceitável, excessivo, abusivo, e etc.

Feita essa referência ao direito positivo e tendo como

pressuposto que a única regra importante posta após o início dos anos 2000 foi efetivamente a inserção do parágrafo único do artigo 116 do CTN, passa-se a verificar o que a doutrina tem a dizer sobre essa matéria.

No início dos anos 2000, surge na doutrina uma corrente com duas lideranças muito fortes: Ricardo Lobo Torres, no Rio de Janeiro e o Professor Marco Aurélio Grecco, em São Paulo, entendendo ser ultrapassado o posicionamento da corrente tradicional que defende uma legalidade estrita, uma tipicidade cerrada.

Hoje, impõe-se o reconhecimento de que, “modernamente”, é preciso afastar o caráter estrito da legalidade, o caráter estrito da tipicidade cerrada e reconhecer, de um lado, uma eficácia positiva do chamado princípio da capacidade contributiva e, de outro, a força do princípio da solidariedade social.

Com base nesses dois princípios, a chamada corrente moderna identifica uma série de limites ao planejamento tributário.

O direito tributário vem com a sua competência demarcada no plano constitucional. Essa competência é trabalhada no plano infraconstitucional, na legislação complementar, na legislação ordinária federal e vai permitir a tributação sob um certo fato que se subsume a uma norma jurídica.

Com base no princípio da capacidade contributiva, na sua eficácia positiva, a autoridade administrativa, ao valorar o fato, pode tributar, ou entender que sob aquele segmento pode-se tributar um pouco mais e extravasar aquele círculo alcançado pela lei, desbordando um pouco o limite legal para, onde encontrar capacidade contributiva nessa sua feição positiva, tributar também.

Nessa primeira linha de argumentação, haveria mais do que uma tributação por analogia. Não é preciso sequer mostrar semelhança dos fatos, basta demonstrar a capacidade contributiva.

A segunda linha argumentativa tem por fundamento o princípio constitucional da solidariedade social. O professor Marco Aurélio Grecco, baseado neste princípio, defende que uma estruturação do planejamento tributário só se legitimará se tiver por fim e por objetivo algum propósito econômico que não o de pagar menos tributo. Em outras palavras, o planejamento tributário só



se sustenta se tiver um propósito econômico, negocial que não o de redução de carga tributária.

Em entrevista publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, o ministro Eros Grau dizia sobre a moralidade administrativa que é preciso tomar um pouco de cuidado com esses princípios como o da moralidade porque moralidade é algo que tem significações distintas para cada um de nós e, se nós não tomarmos esse cuidado, cada um vai pegar o seu porrete e vai sair pelas ruas lutando pela sua moralidade.

Geraldo Ataliba dizia que, em tributação, o pressuposto é o consentimento que damos ao legislador para produzir leis em matéria tributária e, portanto, ele, legislador, a cada instante, tomará decisões boas ou más que teremos que cumprir.

Em matéria de imposto sobre a renda, por exemplo, o salário é tributado a 27,5%, enquanto o rendimento de aplicação financeira dos detentores de grandes fortunas é tributado a 15%. Tal regra não mudará até que se recorra ao poder judiciário pretendendo disputar essa matéria mostrando ofensa ao princípio da capacidade contributiva, da isonomia, etc.

Trata-se de uma regra simples, prática e objetiva, como defendia Everardo Maciel. Dizia ele: onde puder ser simples, prático e objetivo e gerar justiça tributária, melhor. Agora, se não der para gerar justiça tributária sendo simples, prático e objetivo, resolve o problema de arrecadação.

Foi exatamente esse caminho trilhado em matéria tributária nos últimos anos. Não há mais dedução e abatimento. Há praticamente uma tributação sobre rendimento, não sobre renda. Mas é tudo muito simples, prático e objetivo.

Questiona-se diante disso se a autoridade administrativa tem o direito de valorar os fatos para buscar eficácia positiva da capacidade contributiva. Se esta mesma autoridade tem a possibilidade de, com base na solidariedade social, dizer que certo contribuinte não pode estruturar uma operação de forma a gerar menor carga tributária, sem que haja um motivo econômico ou um propósito negocial outro que não o de recolher menos tributo. E ainda, se essa corrente moderna é mesmo moderna ou se referido modernismo não

é apenas uma retórica para criticar os opositores, ou os que veem o tema de outra forma.

É claro que há muitos excessos no tema “planejamento tributário” e que agiu bem o conselho Administrativo de Recursos Fiscais, na grande maioria dos casos que julgou nos anos recentes, em oposição aos julgamentos do século passado. Muitas situações lá debatidas decorrem de simulação ou dissimulação.

Agora, não há fundamento legal para se dizer que é preciso um propósito negocial para validar planejamento tributário; dizer que o princípio da capacidade contributiva tem eficácia positiva.

O espanhol Euzébio Gonzáles, ao criticar Marco Aurélio Grecco, dizia, acerca da capacidade contributiva: “atribuir a capacidade contributiva é retirar o que há de mais relevante nesse sacrossanto princípio em termos de garantia do contribuinte. Só se é tributado onde houver capacidade contributiva recolhida, reconhecida, posta pelo legislador, pela lei”.

Atente-se para o fato de que toda vez que se tentou ampliar o espectro de atuação do aplicador do direito, da autoridade administrativa neste campo, não o permitiu o legislador brasileiro.

A primeira vez, na própria estruturação do Código Tributário Nacional, cujo projeto trazia o artigo 74 que dava essa amplitude. Na segunda, quando a Medida Provisória 66, que trilhou o mesmo caminho, não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Portanto, nos últimos 40 anos houve, pelo menos, duas refutações objetivas do legislador em torno da ampliação dos poderes conferidos a autoridades administrativas para valorar o fato jurídico tributário e poder alcançar outro fato revelador da mesma capacidade contributiva. Ou ainda, exigir para a validação de planejamento outras circunstâncias que não somente aquelas postas claramente pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao direito comparado, no que concerne aos problemas de limitação de planejamento tributário ou da atuação do contribuinte, de identificação dos negócios artificiais ou impróprios, a primeira consideração que se faz importante é a de que se trata de um problema de difícil solução no mundo inteiro.

Em Portugal, tem-se um exemplo recente em que o legis-



lador foi muito efetivo na criação de liberdades para que os auditores fiscais locais pudessem identificar essas situações. Esta lei foi fortemente influenciada por uma doutrina portuguesa liderada por Casalta Nabais, defensor do chamado dever jurídico de pagar tributos. No entanto, essa maior liberdade concedida ao aplicador do direito, em Portugal, durou um ano e logo foi alterada para estabelecer quais são os limites para o planejamento tributário.

Foi nos Estados Unidos que se foi buscar a teoria do propósito negocial ou o chamado *business purpose test*. Algo construído a partir da jurisprudência americana de 1935 e sem qualquer semelhança com o sistema brasileiro.

Com o propósito negocial se construiu uma jurisprudência no sentido de somente admitir uma redução de carga tributária se o propósito da operação fosse outro que não o de reduzir tributo.

Mais recentemente, no caso *Gitlitz X Commissioner*, numa operação em que a empresa reconheceu o prejuízo fiscal sem o correspondente prejuízo societário, decidiu o Fisco americano por prestigiar a regra autorizadora da conduta, ainda que mal feita, já que não poderia retirar a segurança jurídica do sistema.

Nos Estados Unidos o objetivo é preservar aquele que paga tributo, dar continuidade às atividades do contribuinte, ou seja, trabalhar para que a empresa resista no tempo. Com isso, se uma empresa americana tem um lucro em um ano, recolhe o imposto sobre a renda e no ano seguinte tem prejuízo, permite o Fisco daquele país que o prejuízo do ano seguinte, em certas condições, volte para o ano anterior de forma a permitir a devolução do imposto de renda já recolhido.

A intenção é fazer com que a empresa em dificuldades saia dessa situação e volte a pagar tributo, mesmo que o Fisco tenha que devolver o imposto que recebeu no ano em que o lucro foi efetivo.

O fato é que este tema está em discussão mundo afora. Não há um regramento a ser tido como paradigma.

Participamos de uma comissão de estudos sobre o tema recentemente. Recebemos pessoas que vieram do Canadá, dos Estados Unidos, da Espanha, de Portugal e que contaram as experiências deles em torno desses regramentos. Ficou muito clara

a sensação de que a dificuldade em torno do tema existe em cada um desses países e não há realmente uma regra de ouro que possa dizer, “olha, ali funciona muito bem, vamos seguir esse caminho porque é o melhor.”

Propomos uma interpretação que nos parece a mais coerente do ordenamento jurídico nessa matéria. A Constituição Federal faz menção ao princípio da solidariedade, da capacidade contributiva, mas estabelece que são cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, não gerais.

A Constituição brasileira estabelece uma rígida demarcação de competência impositiva que é estabelecida por conceitos.

A capacidade contributiva, no Brasil, parece ser uma garantia individual. A isonomia tem que ser perseguida sempre. Quem estabelece as regras de isonomia é o legislador e, portanto, é necessário examinar a legalidade isonômica, aquela definida pelo legislador.

Quando a lei for geradora de desequilíbrios, cabe a alternativa de se buscar, no Judiciário, a expulsão daquela norma do sistema. No entanto, enquanto esta norma existir, a legalidade isonômica a ser observada não impede que em alguns momentos ela seja contrária ao Fisco, em outros, contrária ao contribuinte.

Frederick Schauer, professor da Universidade de Harvard, tem um trabalho interessante de prestígio às regras. Enquanto Dworkin e Alexy falam da ponderação e aplicação dos princípios, de proporcionalidade e de razoabilidade, Schauer trabalha no sentido inverso.

Entende o professor que as regras postas no sistema são muito importantes porque permitem a aplicação ao caso concreto, sem que se questione quais princípios, razões ou motivos a ensejaram. Schauer menciona o caráter “subótimo” das regras, que resolvem bem 99% dos casos. Se um caso for mal resolvido, aí sim, deverá se procurar os princípios que formaram a regra aplicada e identificar se tal regra é “subincludente”, alcança menos do que devia, ou é “sobreincludente”, alcança mais do que devia.

De qualquer forma, o fato é que as regras devem ser prestigiadas. A Constituição Federal, que contempla muitos princípios



e muitas regras, deve ser interpretada dando primazia para as regras constitucionais, já que estas representam tomadas de posições objetivas do legislador constituinte.

Há situações nos quais o legislador optou por não deixar o tema à ponderação de valores, de princípios. Tomou uma decisão que deve ser observada. Sendo assim, deve-se verificar esse fechamento sistêmico que vem desde a Constituição e depois passa por lei complementar, lei ordinária federal e assim por diante. Retomando a análise do Código Tributário Nacional acerca do presente tema, tem-se que o artigo 149 trata de simulação. Segundo os civilistas, a simulação pode ser absoluta ou relativa, ao passo que a dissimulação seria a simulação relativa. Sendo assim, há quem entenda que a dissimulação prevista no parágrafo único do artigo 116, instituído pela Lei Complementar nº 104, de 2001, não está no sentido técnico, no sentido jurídico. Aí o espaço é amplo para dizer que dissimulação é qualquer coisa.

A razão para a referência à dissimulação no artigo 116, parágrafo único do CTN, é pelo reconhecimento de que o artigo 149 tinha uma eficácia social comprometida. Basta avaliar o que acontecia nos anos 90 e verificar que qualquer planejamento estruturado com boa documentação, com base num certo regramento, era dado como aceitável quando, na verdade, o importante seria verificar, em face das teorias das provas, se aquele planejamento que se apresentava como sendo uma estruturação efetiva guardava correlação com os fatos efetivamente verificados.

Por exemplo, quando na chamada incorporação às avessas, a pequena empresa incorpora a grande só para aproveitar prejuízo. Nesse caso, a teoria das provas irá mostrar exatamente quem incorporou quem.

Uma passagem do professor Paulo de Barro Carvalho mostra com clareza esse aspecto. Segundo o professor, uma mesma norma jurídica pode incidir sobre acontecimentos diferentes, produzindo fatos jurídicos distintos. E, paralelamente, normas diferentes podem incidir sobre o mesmo suporte fático. Isso, colocado de uma forma gráfica, mostrará que às vezes uma mesma norma jurídica pode alcançar três eventos diferentes dando ensejo a três

fatos jurídicos distintos. No entanto, em outras situações, um único acontecimento pode se subsumir a duas normas distintas.

Isso é o que acontece na grande maioria dos casos de planejamento tributário. Tem-se um único acontecimento que, para o contribuinte, se subsume à norma 2, mas para o Fisco à norma 3, e aí, quem conseguir provar melhor essa situação haverá de fazer prevalecer a sua verdade, a verdade jurídica mostrada nos autos do processo administrativo, nos autos do processo judicial, ou no curso de um processo administrativo.

Já existe na Espanha um procedimento que funciona razoavelmente bem nesse sentido, e talvez tenha vindo do direito espanhol uma das inspirações para a previsão do parágrafo único do artigo 116, que trata exatamente desse procedimento.

Será nesse procedimento que o Fisco tentará provar que o fato alegado pelo contribuinte não ocorreu e o contribuinte, o inverso.

É por isso que esta valoração dos fatos mediante as provas do direito admitido deve ser efetivamente um dado importante nessa matéria, e não essas elucubrações, considerações outras, como proposta negocial ou *business purpose test*, importações não positivadas em nosso ordenamento jurídico. Se futuramente essas importações estiverem positivadas, a discussão será outra.

Portanto, fechando a questão no Conselho Administrativo, tem-se em muitas decisões fundamentação que mistura todos esses conceitos. Tratam de abuso de forma, proposta negocial, etc., temas não positivados nos limites ao planejamento tributário no Brasil.

Mesmo que se entenda que o abuso de direito é ilícito por força do novo Código Civil, Pontes de Miranda já o via à luz do código anterior. Portanto nada mudou nessa matéria. O tema deve passar pelo filtro necessário posto pelo direito positivo: simulação ou dissimulação.

No Judiciário, em caso relativamente recente que envolve essa questão da incorporação às avessas, entendeu o STJ que a controvérsia era fática. A recorrente defende que houve a incorporação de empresa, empresa financeiramente sólida. Já o TRF



entendeu que houve dissimulação.

De fato, foi a empresa A que incorporou a empresa B, mas, em razão da Súmula 7, o STJ não analisou o caso. No tribunal, trabalhou-se com os limites tradicionais de elisão e evasão.

A elisão se dá quando, por meios lícitos e diretos, o contribuinte planeja evitar ou minimizar a tributação. Esse fundamento se baseia na liberdade que possui o contribuinte de gerir suas propriedades e seus negócios em busca da menor onerosidade tributária possível. Tal liberdade só é possível antes da ocorrência do fato gerador. Uma vez ocorrido, surge a obrigação tributária. A elisão não se confunde com a evasão na qual o contribuinte utiliza meios ilícitos para reduzir a carga tributária.

Esse posicionamento tradicional acerca dos limites de elisão e evasão vem de Sampaio Dória e foi defendido pela desembargadora federal Diva Malerbi. É trabalhado, também, há muitos anos, por Alberto Xavier e encontra-se ainda plenamente aplicável, prevaemente, sem qualquer elucubrações, subterfúgios ou considerações tidas por modernas, que só trazem desconforto e problemas para o assunto.

Desse modo, os fatos são lícitos ou ilícitos consoante as provas em direito que assim o demonstram. Não há espaço para um meio-termo, um meio de caminho onde, ao lado dos fatos lícitos e dos ilícitos, encontra-se uma zona cinzenta dos semilícitos ou semi-ilícitos, ou, ainda, dos ilícitos atípicos, como já trabalhou doutrinariamente Atienza, na Espanha.

Como o Fisco tem certa prevalência de suas posições no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, lá a matéria se inclina muito mais por esta chamada corrente moderna do que para a corrente tradicional. Na nossa visão, tem simulação se os fatos relatados aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se confere ou transmite, contiver declaração ou confissão, condição ou cláusula não verdadeira ou estiverem suportados por instrumentos particulares antedatados ou pós-datados.

Na dissimulação há dois fatos vertidos em linguagem: o simulado, construído por aqueles que inventaram o ato ou negó-

cio jurídico, e o fato que se pretenderia ocultar, a ser construído por aquele que deseja comprovar a dissimulação, no caso o Fisco. Tal comprovação haverá de denunciar a ocorrência desse segundo fato que se buscou ocultar e a inocorrência do primeiro meramente aparente.

A diferença semântica que se verifica entre simulação e dissimulação é que justifica a inserção do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Esses significados específicos de simular e dissimular não autorizam o entendimento de que onde houver abuso de direito ou de forma jurídica, haverá dissimulação. São conceitos distintos, inconfundíveis, fatos que autorizam a afirmar que só poderá ocorrer a requalificação de fatos cometidos pelo particular por parte da autoridade administrativa se restar comprovada a simulação ou dissimulação.

Não há enunciado prescritivo que proíba direta ou indiretamente a estruturação por meios lícitos de operação tributária com o único propósito de se reduzirem ou mesmo não se pagarem tributos. Não há regra específica que vete tal procedimento, nem qualquer princípio que possa servir de fundamento para impedir esse comportamento.

O ordenamento jurídico brasileiro não positivou a regra do propósito negocial. Enquanto lei ordinária não disciplinar o procedimento da desconsideração dos negócios jurídicos realizados com a finalidade de dissimular ocorrência do fato gerador, será inaplicável o artigo 116 do CTN, cabendo meramente a aplicação do artigo 149 deste mesmo diploma legal.

Por fim, deve-se atentar para a necessidade de se lembrar o princípio republicano, consentimento popular, a aplicação da legalidade isônoma, o reconhecimento de que o sistema tem defeitos, mas, enquanto esses defeitos não forem retirados do sistema pelos órgãos habilitados a tanto, é esse sistema que operará e com o qual se trabalhará.

Miguel Reale conclama que a autoridade administrativa, o advogado, o jurista, a proclamar a ilegitimidade das leis, dos programas éticos que delas possam surgir, mas lembra também uma lição de Sócrates que, condenado à pena de morte, se recusou a dei-



xar de cumprir a pena que lhe fora imposta, dizendo o seguinte: “é preciso que os homens bons cumpram as leis más para que os maus não deixem de cumprir as boas”. Ou seja, deve-se proclamar a legitimidade das leis, mas exaltando-se as boas e, enquanto nenhuma alteração vier a lume, que se cumpram ambas.

Decadência e prescrição tributárias

Palestra apresentada no curso “Direito tributário”,
no auditório da EMAG, em 29/11/2010

RENATO LOPES BECHO*

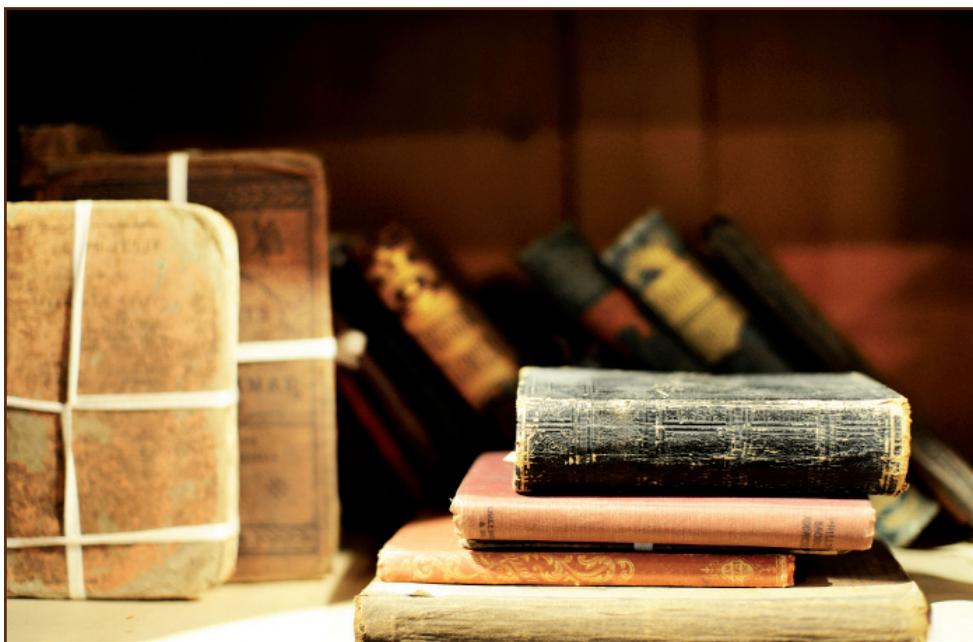


EMAG

REVISTA ACADÊMICA
JANEIRO | JUNHO 2011

* Juiz Federal. Livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Decadência e prescrição tributárias



Procurando despojar um pouco da linguagem jurídica, eu poderia substituir os temas “Decadência” e “Prescrição” por, talvez, “Prazos de constituição do crédito tributário” e “Prazos para o exercício das ações de cobrança”. Por que isso? Eu faço parte, como já o professor Paulo indicou, que existem duas correntes que analisam a constituição do crédito tributário. Eu faço parte de uma delas. E eu sei que eu sou muito pragmático e, por sorte minha, tem um aluno meu de pós-graduação que teorizou em cima do meu pragmatismo e trouxe um livro de Charles Sanders Peirce sobre pragmatismo e ele deu então aquela sustentação teórica para a minha fala. O que eu quero dizer com isso? Acredito que todos vocês, todas as senhoras, todos os senhores, já fizeram uma declaração de Imposto de Renda. O que vocês fizeram? Vocês se

colocaram diante de um equipamento de computador, de um equipamento de informática, com uma série de documentos, acessaram o site da Receita Federal, alimentaram aquele sistema, o próprio sistema fez um cálculo e lhes informou quanto vocês tinham para pagar. Vocês fizeram uma opção, ou eventualmente para receber, e fizeram uma opção de forma de pagamento, enviaram pela Internet, receberam, quase que por mágica, um recibo com código bem extenso de letras e números e, pronto, vocês declararam o Imposto de Renda. Pois bem, muitas vezes, quando nós estamos julgando processos de execução fiscal que estejam relacionados com decadência e prescrição, eu preciso me socorrer do processo administrativo. O que eu recebo como processo administrativo? Eu recebo uma sucessão numerada de folhas em que as primeiras delas são uma cópia fiel da cópia da declaração do Imposto de Renda do contribuinte, uma folha quase em branco com a seguinte informação: “inscreva-se”, assinado eletronicamente com a data. Em seguida, eu vejo a certidão de dívida ativa que, por sua vez, é uma cópia da certidão de dívida ativa cujo original está no processo para eu julgar. Isso foi um processo administrativo tributário e eu diria “esse é o modelo típico de processo administrativo tributário que nós temos hoje que, em termos numéricos, é o mais significativo de todos”. Então, vejam bem o que foi o processo administrativo anterior à execução fiscal: a declaração do contribuinte, um comando muito simples, “Inscreva-se”, que, para bom entendedor, principalmente o sistema eletrônico da Receita Federal, ele sabe o que significa aquele “inscreva-se”, e uma cópia da certidão de dívida ativa que me é apresentada junto com a petição inicial da execução fiscal. Mais uma vez, teorizando, o que aconteceu nesse momento, ou o que aconteceu nessa formalização? No meu modo de ver, a primeira parte, a constituição do crédito tributário.

O que vem a ser, então, para mim, constituição do crédito tributário? Nos moldes do nosso proeminente e querido Professor Paulo de Barros Carvalho, a transformação, em linguagem competente, de acontecimentos fáticos, que serão trazidos para o mundo do direito, para o mundo jurídico. Em outras palavras, ocorreu o fato gerador, o fato imponível, aconteceu alguma coisa, no mundo real,



de interesse do Fisco, alguma coisa de repercussão econômica. A constituição do crédito tributário, no meu modo de ver, nada mais é do que a transformação desse acontecimento do mundo real numa linguagem jurídica e essa linguagem jurídica, para mim, é integralmente realizada na declaração de tributos. Essa, no meu modo de ver, do ponto de vista pragmático, é a principal forma de constituição do crédito tributário, a declaração do contribuinte. É uma coisa rara, cada vez mais rara, é aquele auto de infração, é aquela atividade administrativa em que, em um primeiro momento, um servidor público, que tem nome, sobrenome, registro funcional e que vai, ao final, assinar um documento. Aquela é a principal forma hoje. Desculpe, não a principal forma, é a forma mais reduzida, mas ainda existente, de constituição do crédito tributário.

Só que eu falei auto de infração e até agora eu não usei uma palavrinha do que a linguagem jurídica habitualmente conhece. Eu ainda não falei em lançamento. Mas esse auto de infração traz, para o seu bojo, o lançamento, essa constituição do crédito tributário por uma autoridade administrativa, e mais a imposição de multa.

Vejam bem, sintetizando um pouco o que eu falei até agora, duas formas de constituição do crédito tributário: declaração do contribuinte, a via mais comum; lançamento tributário, normalmente via auto de infração, mas não apenas, realizado pela autoridade administrativa e essa é a nossa realidade fática. Se nós buscarmos, contudo, os livros de doutrina, o que é que nós vamos ver? Constituição do crédito tributário feita por lançamento da autoridade administrativa, todo mundo reproduzindo o artigo 142 do Código Tributário Nacional; uma segunda modalidade, chamada “lançamento misto”, em que o contribuinte leva alguns dados para a administração tributária e essa administração constitui ou realiza o restante da tarefa, como acontece no modelo clássico com o ITR: o contribuinte tem que ir até a Receita Federal e dizer qual é a sua produção dentro da sua área rural e aí a autoridade administrativa vai calcular o índice de aproveitamento daquela área para dizer se ele vai recolher o imposto à alíquota máxima, média ou alíquota mínima (se ele produzir muito na sua área). E por fim,

a teoria toda vai nos trazer o lançamento por homologação, uma enorme ficção jurídica que é aquela que eu já apresentei como constituição por declaração.

Na cabeça dos nossos teóricos não muito recentes, diante da situação em que cada vez mais o contribuinte foi constituindo crédito tributário, o que nossos pensadores imaginaram? Que existe uma homologação ficta, ou, mais propriamente falando, existe um lançamento fictício. Como ocorre esse lançamento fictício? Em duas modalidades: quando a autoridade administrativa notifica o contribuinte, dizendo “aceitei tudo o que o senhor fez”. Então manda uma cartinha e diz assim: “senhor contribuinte, aquela sua declaração enviada foi recebida e está toda em ordem”. Pronto. Esse ofício seria a homologação, seria o lançamento por homologação tácito. Desculpe, lançamento por homologação expresso. O lançamento por homologação tácito seria no decurso do prazo em que essa autoridade administrativa teria para mandar a cartinha, para mandar a notificação. E esse decurso é o prazo de decadência, que está no título dessa nossa fala. Hoje, eu acredito que nós já podemos abandonar essas modalidades, e isso é meu ponto de vista pessoal, respeito, absolutamente, toda doutrina que ainda não consegue se libertar dessas outras modalidades de lançamento, mas hoje eu vejo duas formas de constituição do crédito tributário: uma, por declaração 100% feita pelo contribuinte, pronto. A segunda, por lançamento.

Nesse livro, *Filosofia do direito tributário*, eu tive a oportunidade de trabalhar com as linhas filosóficas: direito natural, positivismo jurídico, realismo e pós-positivismo. Um positivista ia ficar horrorizado com o que eu falei até agora. Por quê? Porque o positivista sente a necessidade de abrir o código, de buscar as leis e, nesse momento, ele me diria: “Renato, você não está dando a devida importância ao artigo 142 do CTN, que diz ‘compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento’”. Agora, vejam bem, os fatos não precisam do Código Tributário Nacional, o legislador não precisa mais do artigo 142 do Código Tributário Nacional porque ele já transferiu para todos nós a maior parte do ônus de constituição do crédito tributário. A



administração pública não precisa em nada do artigo 142 do Código Tributário Nacional. Eu diria até se o Código Tributário Nacional, hoje, perdesse o artigo 142, tudo continuaria exatamente como está, justamente porque os fatos já suplantaram o texto da lei. Mas isso é um ponto de vista pessoal. Tudo bem, é um ponto de vista que está suportado, por exemplo, pela jurisprudência hoje do Superior Tribunal de Justiça. Poderia não estar. Tem poucos doutrinadores que dão suporte ao que eu venho falando até este momento, nesta noite. Agora, o Superior Tribunal de Justiça, felizmente, já reconheceu que as coisas funcionam nessa medida.

Pois bem, diante disso, o que eu venho tratando desde a hora em que eu comecei a falar? Em decadência do crédito tributário. Foi isso o que eu falei até agora. Ou seja, prazo para constituição do crédito tributário. Nós, contribuintes, todo nós sabemos, nós temos cinco anos para fazer nossa declaração do Imposto de Renda. Se passarem os cinco anos, qual o efeito? A gente não precisa de fazer mais e não precisa de pagar mais o imposto porventura devido. Por que isso? Porque, nesses cinco anos, é o prazo em que o Estado tem para constituir esse crédito tributário se nós não o fizermos. Para aqueles que quiserem buscar o que nós estamos falando no texto legal, a constituição do crédito tributário por declaração está, em outras palavras, no artigo 150, parágrafo quarto, do Código Tributário Nacional. E essa eventual hoje, digamos assim, atuação do Estado na constituição do crédito tributário está no artigo 173 do CTN, que diz “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos”, ou seja, direito de constituir o crédito tributário. Cinco anos para o contribuinte constituir ou cinco anos para o Estado constituir, a partir do momento em que um dos dois se coloca em mora. Essa deveria ser a principal forma. Ou seja, para o contribuinte, não é o ano civil totalmente corrido, que se nosso Imposto de Renda foi relacionado às aquisições em um determinado ano e nós vamos declarar o tributo em abril do ano seguinte, nesse período, de janeiro a abril, não vai começar a contagem de prazo algum. Mas, nas demais hipóteses, nós temos aqui as regras do artigo 173 do CTN.

Se nós não tivéssemos um tempo tão exíguo, eu ia trabalhar

com esses incisos, com esses itens, com as senhoras e os senhores, mas eu acho que nós temos alguns pontos mais importantes para tratar e o principal deles totalmente relacionado com a apresentação do professor Paulo César Conrado. O efeito da suspensão do crédito tributário, suspensão essa que pode ter acontecido antes da efetiva constituição, como ele muito bem deixou claro. Só para facilitar na nossa apresentação, se, nos primeiros meses do ano, antes de o contribuinte ter que declarar o tributo devido, ele entra com um mandado de segurança e obtém uma liminar, ele já vai alterar aquela situação fática que se apresentava. É onde nós temos, então, a figura muito bem apresentada da suspensão do pretensão crédito tributário, que é uma suspensão que antecede, ou se antecipa, à própria constituição de crédito. Mas um outro ponto que eu reputo da mais alta importância, e que faz parte do nosso dia a dia no Judiciário Federal, está relacionado justamente com esses efeitos da suspensão do crédito tributário.

Eu costumo ouvir, algumas vezes, algumas pessoas que separam, que distinguem suspensão da exigibilidade do crédito tributário e suspensão da exequibilidade do crédito tributário. E aí, professor Ayres, eu fico sempre me perguntando: afinal de contas, primeiro, se existe essa distinção e, se existir, quais são os seus efeitos. E várias pessoas dizem assim: “ah, eu tenho uma referência, um parecer de Aliomar Baleeiro”. E eu fui atrás desse parecer de Aliomar Baleeiro, dado após Sua Excelência ter se aposentado no Supremo Tribunal Federal. O caso era de uma execução fiscal em que o contribuinte tinha entrado com um processo administrativo para discutir o lançamento ou o auto de infração, não importa, e o Fisco não tinha entrado com a execução fiscal. Quando o Fisco entra com a execução fiscal, vem o contribuinte e o cliente de Aliomar Baleeiro e diz assim: “já passou o prazo de cinco anos”. Por que isso? Porque o prazo de prescrição é de cinco anos também, daqui a pouco a gente vai mencionar o dispositivo legal, desde a constituição do crédito tributário até a efetiva execução fiscal.

Essa “efetiva” é um assunto enormemente discutível e que eu vou ter que tratar dele, pelo menos rapidamente. Então, dentro daquele lançamento, e até o ajuizamento da execução fiscal, a



citação do contribuinte, passam-se cinco anos. Vem o parecer de Aliomar Baleeiro e diz o seguinte: a constituição do crédito tributário, como constituição de um direito, não do exercício de ação, mas a constituição de um direito, não está sujeito a interrupções ou a suspensões. Agora, como Baleeiro resolveu o problema fático, o problema do processo administrativo? Ele disse o seguinte: o Estado tem, desde o lançamento, o dever de terminar o processo administrativo e ajuizar a execução fiscal em cinco anos, já que a constituição do direito não se interrompe, nem se suspende. Para tanto, deveria o Ministro da Fazenda ter avocado o processo administrativo e movido um processo administrativo de punição ao servidor que não decidiu o processo administrativo em cinco anos, até mesmo com sua expulsão a bem do serviço público. Ou seja, nada, para Aliomar Baleeiro, nada justificaria a interrupção ou suspensão do prazo de constituição do crédito tributário.

Esse processo chegou ao Supremo. Vocês imaginem o efeito de um parecer de um ex-ministro do Supremo no julgamento da Corte. No Supremo, se não me engano o julgamento final foi de 1982, num voto primoroso do ministro Moreira Alves, um grande civilista, um grande romanista, que disse: direito tributário, nesse ponto, é totalmente diferente. Crédito tributário está sujeito, sim, a interrupção, a suspensão, e não faz nem diferença a linguagem utilizada para uma coisa ou para outra. Ou seja, na fluência do processo administrativo, decidiu o Supremo Tribunal Federal, não flui prazo, nem de decadência, nem de prescrição, não acontece nada.

Meus caros, se esse julgamento fosse seguido até hoje, a Justiça Federal de Primeiro Grau e a Justiça Federal de Segundo Grau em São Paulo estariam com um trabalho significativamente reduzido. Porque hoje o que o contribuinte faz? Entra com uma ação anulatória, aí não consegue, ou consegue, entra com um mandado de segurança para dar um determinado efeito, mesmo assim o Fisco entra com uma execução fiscal porque tem uma interpretação de alguém contrária e nós passamos a ter. Ah, e muitas vezes tem o processo administrativo ainda em curso e aí nós temos a máquina administrativa altamente sobrecarregada, tendo três, quatro, cinco, seis processos distintos sobre o mesmo acontecimento. Por

quê? Porque nós, da comunidade jurídica, não conseguimos acertar o nosso diálogo sobre esses itens que nós estamos falando.

É por isso que eu me lembro de Cícero. Quem sabe, se tivéssemos um Cícero, ou um Geraldo Ataliba, e hoje ele conseguisse resolver essa multiplicidade de fatos e de processos que só traz danos para todos nós. Para encerrar essa parte, eu não consigo entender até hoje o que é a suspensão da exigibilidade e da executoriedade. Se são duas coisas, uma eu sei o efeito, não pode entrar com execução fiscal. Agora, se não tem esse efeito, o que a outra significa? O que alguns já me disseram até hoje é nada, nada. Eu acho que talvez a gente pudesse resolver esse problema de uma outra forma.

Pois bem, apenas do ponto de vista acadêmico nessa explanação, nós vamos ter que considerar que o crédito tributário foi constituído, porque senão não conseguiria entrar no próximo tópico: prescrição. O jeito mais fácil para tratar de prescrição: levantar o Código Tributário Nacional e ler o artigo 174, “ação para cobrança do crédito prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva”. Qual é o momento da constituição definitiva? Pronto, ninguém sabe. Eu acho que é, se teve um processo administrativo, é o término desse processo. É onde eu vejo, Doutora Salette, que a constituição do crédito tributário é um procedimento mesmo, é um processo administrativo, não no sentido de litigância, mas numa sucessão de atos e fatos reais e processuais que podem começar com a constituição por uma declaração e terminar, doze anos depois, quando o conselho de contribuintes decidir o último dos últimos recursos administrativos e diz para o contribuinte: “nada mais há a acontecer”. Ponto. Isso, para mim, é a constituição do crédito tributário. Pode durar doze anos, dezesseis anos, vinte anos? Pode. Por isso que é um processo no sentido de uma sucessão encadeada de atos. Bom, mas isso aconteceu no meu modo de ver, no determinado caso, o CARF pôs a palavra final, a partir daqui não tem mais nada o que ser feito. Quanto tempo tem o Estado para ajuizar a execução fiscal? Cinco anos. O ponto de maior destaque, parágrafo único, “a prescrição se interrompe: 1 - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal. Redação dada pela lei complementar número 118, de 2005”.



Vejam bem, as senhoras e os senhores, como é esse assunto no Código de Processo Civil. Esse assunto no Código de Processo Civil é “a interrupção se dá com a citação válida”. Faz diferença, entre o despacho do juiz que determina a citação e a efetiva citação? Para dizer que faz diferença, eu tenho mencionado, até por escrito, várias vezes, os embargos à execução fiscal número antigo 95.000.0.5045930. Qual é a historinha desse processo? Esses embargos, como vocês viram aqui pelo número, 95, ele foi distribuído em 1995. Imposto de Renda, pessoa física, exercício 1966, ano-base 1965. Sabe aquela história, “está para nascer o juiz que vai julgar esse processo?” Eu nasci dois anos depois de o contribuinte ter recolhido o imposto, desculpe, ele ter recebido os valores tributáveis. Ele sempre morou em São Paulo. Esse processo foi inicialmente distribuído para a justiça estadual, aí, com o restabelecimento da justiça federal, foi mandado para a justiça federal. Ele chegou num bolo, deve ter sido significativo. Naquela época, os juízes federais não tinham nem pessoas para auxiliar, o ministro Cid Scartezzini já deu esse depoimento, aqui na escola, quando da inauguração do seu nome, da placa comemorativa. Enfim, os fatos foram se sucedendo. Eu e o Paulo Conrado entramos na justiça federal, criaram a quinta e sexta varas novas de execução fiscal naquele passado já longínquo e eis que, num determinado momento, o contribuinte foi citado e, em 1995, ele entrou com a execução fiscal e esse processo caiu na minha mão. Sabe qual foi a solução? O crédito não está prescrito. Não houve, o reconhecimento não foi por mim, mas não houve o reconhecimento da prescrição. Por quê? Porque na lei 6830 já existe a regra de que o despacho do juiz interrompe a prescrição. Agora, eu pergunto para vocês: um despacho, que vai ser realizado, vai ser efetivado, vinte e seis anos após pode efetivamente gerar esse tipo de efeito?

Para responder, eu posso buscar várias linhas interpretativas. Eu posso, por exemplo, ser bem positivista e dizer, “mas, doutor Renato, aqui, artigo 174, parágrafo único, inciso I. A lei disse, ponto!” Pronto, é uma forma de nós resolvermos esse problema. Basta o juiz de execução despachar, cite-se. Essa, por sinal, é a interpretação majoritária, que, convenhamos, é excelente para a

administração pública porque os procuradores podem simplesmente distribuir a execução fiscal e não fazer mais nada com ela. Vocês sabem que, nesse campo de execução fiscal, há uma inversão estrutural muito significativa: juízes de execução é que vão atrás de procuradores, que são advogados, imploram ou ameaçam para que eles se manifestem, já em todas as demais áreas do direito é o oposto, são os advogados que vêm pressionar o judiciário. E sabem o que é pior? É que nós é que temos a pecha de morosos. Nós quase perdemos a execução fiscal, que ia para a esfera administrativa, porque o poder judiciário é moroso, ele demora ao exigir que os advogados do Fisco atuem, só se for isso. E eles têm cinco anos, então, para conseguir um despacho de citação enquanto todos os demais processos têm que conseguir a efetiva citação. É dizer, se nós formos mover uma ação contra o Estado, não basta para nós, pessoas em geral, que o juiz diga “cite-se, por exemplo, a União”, nós temos que conseguir a citação efetiva, eles não. Isso causa um mal-estar, para mim muito profundo.

Mas tem um outro problema, maior, dentro da linha do positivismo. Artigo 195 do Código Tributário Nacional, parágrafo único, “os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra prescrição dos créditos tributados”. E eu pergunto: por quanto tempo nós temos que guardar os nossos documentos fiscais? *Ad aeternum*. Na verdade, eu já falei, inclusive, em um outro evento aqui, na Emag, Paulo Conrado estava também, os procuradores da Fazenda, a gente só precisa de guardar os nossos documentos comprobatórios por duas gerações. Para a terceira geração, não. Nós temos hoje que guardar os nossos comprovantes de débitos fiscais enquanto os nossos herdeiros forem vivos. Por que isso? Porque o redirecionamento da execução fiscal para o responsável tributário é um assunto à parte que vocês vão trabalhar daqui a dois dias e aí vocês vão saber por quanto tempo nós temos que guardar documentos fiscais. Nesse processo de embargos, já que não foi caracterizada a prescrição quando passaram cinco anos para a citação, o contribuinte tinha que ter guardado por 26 anos os seus documentos. Em 1998, ele tinha que juntar a declaração de



rendimentos de 1965 porque, quando o juiz não reconheceu a prescrição e disse “apresentem as partes as provas com que querem demonstrar o seu direito”, o que o contribuinte tinha que fazer em 1998? Juntar o demonstrativo de rendimento de 1965.

Bom, além desse detalhe do parágrafo único do 195, eu acho que nós poderíamos tratar desse assunto numa ótica diferente, a ótica constitucional e, para isso, eu me socorreria de um dispositivo constitucional que prevê o devido processo legal. Eu gostaria muito de trazer o esboço histórico do professor Antônio Roberto Sampaio Dória, no seu *Due Process of Law* e *Direito Tributário*, trazendo desde antes da Magna Carta a construção do devido processo legal. Eu queria, realmente gostaria de fazer um esboço histórico de oitocentos anos, mas não tenho condições temporais para fazer. Então, eu indico a obra de Antônio Roberto Sampaio Dória, *Direito Constitucional Tributário* e *Due Process of Law*, e, vejam bem, se nós aceitarmos esse estado de coisas que nós temos hoje, nós estamos anulando oitocentos anos de construção jurídica.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, durante mais de uma centena de anos, ela se recusou a expressar o devido processo legal numa única expressão, ou seja, ela se recusou a transformar numa linguagem, apresentar uma definição de devido processo legal dizendo o seguinte, ela, Suprema Corte: eu só posso dizer se, no processo, a lei cumpre ou não cumpre o devido processo legal decidindo caso a caso. Entretanto, um advogado não podia ficar de forma tão solta, a advocacia não podia ficar tão desprotegida de uma definição que um advogado resolveu cunhar, perante a própria Suprema Corte norte-americana, uma definição de devido processo legal. O advogado, Dr. Daniel Webster, escreveu em uma petição, em 1819, “com a expressão *law of the land*, o que se pretende claramente exprimir é uma lei genérica, uma lei que ouve antes de condenar, que inquire e decide somente após um julgamento. O sentido é que cada cidadão conservará sua vida, liberdade, propriedade e imunidades sob a proteção das coordenadas que governam a sociedade”. Pois bem, de lá para cá, o mínimo, o mínimo, que já se identificou de devido processo legal é ser citado validamente. Antes da citação, é como se o processo não existisse.

Entretanto, não é isso o que o nosso Código Tributário Nacional determina hoje. Enfim, fica para a reflexão de todos vocês.

Mas, caminhando para encerrar, evidentemente que eu adoraria tratar de todos esses assuntos com mais tempo e com mais detalhes, mas eu tenho que passar para um outro aspecto que é o do artigo 40 da lei de execução fiscal. O Código Tributário estabelece, nós poderíamos resumir no que nós já falamos até agora, cinco anos para constituir o crédito tributário, cinco anos para propor a execução fiscal, quando, no meu modo de ver, constitucionalmente deveria ser cinco anos para trazer o contribuinte à lide e aí eu quero que cada um de vocês reflita quem é moroso em matéria de execução fiscal: o Fisco, se ele ajuíza as suas execuções mais próximo da prescrição ou mais próximo do fato gerador, permitindo que uma enormidade de sucessões possam ocorrer da forma devida, ou se o problema é do poder judiciário? Mas isso fica para as senhoras e os senhores resolverem.

O ponto que eu vou entrar agora é o da prescrição intercorrente. O que tem de prescrição intercorrente a ser dita? A própria discussão se existia prescrição intercorrente, ou não, foi longa e importante na doutrina. No meu modo de ver, até o momento, mais importante é que o Superior Tribunal de Justiça, pelo ministro José de Jesus, identificou, no meu modo de ver pela primeira vez, o processo suspenso, com base no artigo 40 da execução fiscal. Que é que diz esse dispositivo? Não localizados o devedor ou bens, o processo ficará em secretaria por, no máximo, um ano. Não é mínimo, é no máximo um ano. Significa, no dia seguinte, uma secretaria ágil pode, depois da notificação para a Fazenda Pública e para o advogado do Estado, ela pode, a secretaria, mandar o processo para o arquivo. Ela tem que fazer, no máximo, por um ano e, quando o processo entrar nesse arquivo, sobrestado, suspenso, ele ficará lá, no máximo, pelo prazo de prescrição. Isso é prescrição intercorrente, é uma prescrição que existe no curso do próprio processo de execução.

Pois bem, o que nós temos mais importante nesse assunto, que é na hipótese de o contribuinte não ter sido citado, ou, ainda que citado, não tiver bens em condição de ser penhorados. Por quê?



Porque, tipicamente, todo o processo de execução começa mesmo com a penhora de bens, basta ler Humberto Theodoro Júnior, entre os vivos o clássico mais importante, ou Pontes De Miranda, cujo tratado continua uma obra insuplantável. Só existe processo de execução com a invasão patrimonial. Se não teve a invasão patrimonial, esse processo vai ficar no arquivo por, no máximo, o tempo da prescrição. Isso, o Ministro José de Jesus decidiu no passado, no Superior Tribunal de Justiça. Isso é prescrição intercorrente. Em um determinado momento, veio o legislador e consolidou essa interpretação jurisprudencial, acrescentando o parágrafo 4º, o artigo 40, e o fez pela Lei 11.051, de 2004. Eu reputo essa lei uma lei danosa à segurança jurídica. Eu vou repetir, eu reputo essa lei como uma lei danosa à segurança jurídica. Eu preferiria, que a Lei 11.051 não tivesse tocado nas execuções fiscais. Sabem por quê? Porque em 2005, em 2006, em 2010, nós poderíamos continuar aplicando a jurisprudência que, naquela altura, se consolidou no Superior Tribunal de Justiça. Existe prescrição intercorrente, ponto. Agora, quando veio a lei, o que a Fazenda Nacional começou a dizer? Essa lei só vale para as execuções fiscais ajuizadas após o início de sua vigência, ou seja, os processos que entraram até o final de 2004, por essa interpretação, não podem ser alcançados pela lei, senão seria retroatividade da lei. Só as novas execuções. Agora, olhem que interessante: até o dia da publicação da lei, eu podia declarar prescrição intercorrente. Agora, com a nova lei que reconheceu a prescrição intercorrente, eu não posso mais. E aí eu tenho que deixar uma enormidade de processos no arquivo judicial. Por quê? Por que se eu, como juiz, os desarquivar, corro o risco de eles não serem prescritos e os novos processos, sim, esses eu poder desarquivar. Ou seja, vou voltar a Cícero, nós precisamos interpretar mais e precisamos discutir mais o nosso direito tributário.

Vou falar muito brevemente sobre um outro assunto que tem me incomodado muitíssimo, eu vou apresentar aqui praticamente, no sentido público, pela primeira vez, peço licença à Doutora Salette Nascimento para fazê-lo. Eu entendo que nós precisamos reconhecer mais um momento de prescrição intercorrente, aquela que existe no curso do processo de execução fiscal,

ainda que o processo não tenha ido para o arquivo, e vou explicar melhor: citação negativa, o juiz decreta suspenso pelo artigo 40, é o que a lei determina, vista para o exequente. Eu tive um processo, que eu decidi na semana passada, em que aconteceu uma coisa bem curiosa. O procurador recebeu o processo, aquela cota, devolveu sem ter dito nada, o processo foi para o arquivo. Dois anos depois, o procurador pediu desarquivamento do processo, juntou uma petição, ele pediu desarquivamento e vista. Ele recebeu o processo, devolveu o processo, juntou uma certidão negativa de cartório e protestou por nova vista negativa de cartório de imóveis. Pois bem, nos sete anos consecutivos, o procurador da Fazenda Nacional solicitou reiteradamente a juntada de certidões negativas de cartórios de registros de imóveis e vista sucessiva do feito. Isso significa dizer que esse processo não poderá receber a sentença de prescrição intercorrente com base no artigo 40 da lei de execução fiscal. Isso, se nós dermos uma interpretação literal a ele. O que eu fiz? Eu dei uma outra interpretação. E vejam bem, não tem advogado constituído nos autos, a execução fiscal já está correndo há mais de dez anos, não tem citação, não tem advogado, não tem declaração de bens, não tem nada, tem apenas uma relação entre o Estado administração e o Estado jurisdição. O contribuinte? Nada. Dez anos. Eu decretei a prescrição intercorrente. Eu decretei ao argumento de que a previsão que está no parágrafo 4º do artigo 40 não é interpretável apenas gramaticalmente, não é apenas a inércia do Estado, é também de aplicação para a incapacidade fática, não é administrativa, é incapacidade fática de se reconhecer que esses bens ou essa pessoa não existem. E nós do Poder Judiciário Federal, no meu modo de ver, não podemos suportar esses processos *ad aeternum* porque, se nós o fazemos, é a própria Procuradoria que requer ao Congresso Nacional que a execução fiscal passe a ser administrativa porque nós somos incompetentes e morosos para levar cabo a nossa função. Foi minha forma de demonstrar. Primeiro, eu não me considero moroso e segundo eu não acredito em subsunção. Eu não acredito em subsunção, mas eu acredito em interpretação da legislação.

Vou encerrar, mas, antes de fazê-lo, quando eu recebi o



convite, me veio um indicativo para trabalhar sobre prescrição também de FGTS. E aí sabem o que isso significa? Uma previsão trintenária. O que vai acontecer na prática? Se o trabalhador não recebeu ou não viu o crédito na sua conta do FGTS, ele tem dois anos para entrar com a ação trabalhista. Sabe quantos anos tem a administração pública para exigir do empregador? 30 anos, 30 anos. Sabe o que eu tenho mais feito atualmente em processos de FGTS? Redirecionado os processos de FGTS contra os responsáveis tributários. Qual o prazo que a interpretação me tem dado para isso? 30 anos após a última tentativa de citação do contribuinte. Ou seja, fatos geradores que ocorreram há mais de 50 anos estão voltando à nossa realidade fática.

Tive um caso, esse eu não anotei o processo, mas devia anotar, é porque a riqueza, como dizia a saudosa professora Lúcia Vale Figueiredo, a riqueza dos processos é tamanha que a nossa memória não é capaz de reter todos esses dados, eu devia ter anotado. A senhora, apontada como responsável tributária, tem hoje 86 anos. O marido dela teve realmente uma empresa e ela vem dizendo aos autos assim: que se recordava, de fato, de o marido algum dia ter dito que tinha uma empresa, mas ela não se recorda mais nada. Agora, sabe o que ela fez e por que ficou tão interessante? Primeiro, pelo advogado, pediu julgamento preferencial, evidentemente. Segundo, olha que beleza: ela juntou a cópia integral da carteira de trabalho do marido dela, onde eu pude perceber que, durante as décadas de cobrança do FGTS, ele era um empregado, mas que provavelmente em algum momento ele talvez tenha dado seu nome e assinou um papel e foi sócio de alguma empresa, tanto é que sua esposa até se recorda de isso ter acontecido. Mas, na carteira de trabalho dele, não consta nada.

Normas para envio de artigos à Revista Acadêmica da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG)

Com o objetivo de promover o debate, a pesquisa, a reflexão e a divulgação de temas relacionados ao Direito, principalmente àqueles que se referem à esfera de competência do Poder Judiciário Federal, a Revista Acadêmica da EMAG, com periodicidade trimestral, é resultado de mais uma iniciativa da EMAG, que se propõe a editá-la, assumindo a publicação de artigos e produções acadêmicas afins que, em alguma medida, possam contribuir para o aprimoramento jurídico e cultural tanto da magistratura federal quanto dos demais operadores do Direito.

1. Normas editoriais para encaminhamento de artigos

1.1. Serão aceitos artigos técnicos e científicos originais, embasados em reflexões teóricas, em relatos de pesquisas (em andamento, com resultados parciais, ou concluídas), ou em experiências profissionais.

1.2. A remessa ou a publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

1.3. Os artigos aceitos serão publicados de acordo com o juízo de oportunidade da Revista Acadêmica da EMAG, formulado com base em temas polêmicos, relevantes e atuais, afetos, preferencialmente, ao âmbito federal.

1.4. Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação do Conselho Editorial da Revista Acadêmica, ao qual são reservados o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com o respectivo parecer, e o de propor eventuais alterações. Caso aceitas tais alterações, este novo artigo será novamente submetido à avaliação do Conselho Editorial.

1.5. Em formulário anexo ao artigo, o autor deverá encaminhar uma autorização de publicação, cujo modelo será fornecido pela Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas da EMAG. Também como anexo, o autor deverá encaminhar uma folha em que constem os seguintes dados: nome completo, endereço para

correspondência (com CEP e telefone), correio eletrônico e resumo do currículo (principais titulações e atuações profissionais). Caso publicado seu artigo, o autor receberá um exemplar impresso da Revista.

1.5.1. Se o artigo fizer referência direta a resultados parciais de pesquisa, a experimento com seres humanos, ou a informações de caráter pessoal que impliquem terceiros, as devidas autorizações deverão acompanhá-lo.

1.6. As opiniões emitidas pelo autor, no seu respectivo trabalho, são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da Revista Acadêmica da EMAG.

1.7. Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.

2. Normas para elaboração dos trabalhos

2.1. Os trabalhos devem ser encaminhados com a extensão “.doc” ou “.rtf”, e com a seguinte formatação: fonte “Arial” ou “Times New Roman”, tamanho 12; paragrafação justificada. Com essas especificações, os artigos deverão ser enviados, por correio eletrônico (emag@trf3.jus.br), constando no campo “assunto” a seguinte informação: “Artigo para a Revista Acadêmica”.

2.2. Observada a ortografia oficial da língua portuguesa, serão aceitos trabalhos com, no mínimo, 30 000 (trinta mil) caracteres e, no máximo, 100 000 (cem mil) caracteres, incluindo-se os espaços.

2.2.1. A folha de rosto do artigo deverá trazer as seguintes informações: título do artigo (caixa alta e centralizado); nome do autor (para publicação e citação e indicação bibliográfica); dados da instituição a que está vinculado e cargo ocupado (se for o caso).

2.2.2. Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.), ou seja decorrente de uma monografia acadêmica (depositada, entregue ou defendida), logo após o título ou o subtítulo do respectivo artigo, o autor deverá colocar um asterisco (*), indicando, em nota de rodapé na primeira página, os dados específicos da fonte originária de divulgação (nome, data, local e instituições realizadora e promotora do

evento; se for o caso, além desses, agência de custeio da pesquisa, a titulação obtida e o nome do orientador).

2.3. Citações, notas de rodapé e referências bibliográficas. Além das normas previstas e aplicáveis pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), particularmente a NBR 6023 e a NBR 10520, disponíveis para consulta na Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários, a metodologia do artigo proposto deverá observar as especificações que seguem.

2.3.1. Citações: sistema autor/data (p.ex.: ARRUDA, 1996: 15).

2.3.1.1. Citações diretas: até três linhas, deverão vir entre aspas, no corpo do texto. Citações com mais de três linhas deverão vir assim destacadas do texto: um espaço após o término do corpo do texto e um espaço antes de reiniciá-lo; recuo à esquerda: 4 cm; tamanho da fonte: 10; espaçamento entre linhas: simples.

2.3.1.2. Citações indiretas: indicar a fonte para conferência (p.ex.: cf. ALENCAR, 1997: 18).

2.3.2. Notas de rodapé: restritas ao necessário, deverão acompanhar a numeração sequencial e constar da página em que indicadas. Tamanho da fonte: 8.

2.3.3. Referências bibliográficas: deverão estar relacionadas todas as obras citadas no artigo. De acordo com a ABNT e além de outras informações úteis à localização da obra, são obrigatórios os seguintes dados: sobrenome (caixa alta) e nome do autor; título da obra (em itálico); edição; local de publicação; editora; ano da publicação.

2.3.3.1. Periódicos: deverão indicar os seguintes dados: autor; título do artigo; título do periódico (em itálico); volume; número; páginas; período (p.ex.: GURGEL, C. Reforma do Estado e segurança pública. Política e administração, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p. 12-15, set. 1997.).

2.4. Tabelas, figuras e quadros inseridos no corpo do texto. As figuras deverão ser enviadas em preto e branco, com legendas e respectivas numerações no rodapé, contendo o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, o formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros tipos de formato.

2.5. As revisões gramatical e textual ficarão a cargo dos respectivos autores.

3. Declaração de direito autoral

3.1. Qualquer reprodução, parcial ou total, dos trabalhos publicados na Revista Acadêmica está sujeita à autorização expressa. Caso autorizada, deve ser consignada a fonte de publicação original.

4. Política de privacidade

Os dados informados à Revista Acadêmica serão utilizados, exclusivamente, para a formação de banco de dados referente aos autores-colaboradores e à respectiva produção bibliográfica, não sendo disponibilizado, em nenhuma hipótese, a terceiros.

**ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**
Avenida Paulista, 1912, Edifício Funcef Center – 3º andar
CEP 01310-200 – São Paulo – SP
fone/ fax: (0xx11)-3012-2050 e 2051
www.trf3.jus.br/emag
correio eletrônico: emag@trf3.jus.br