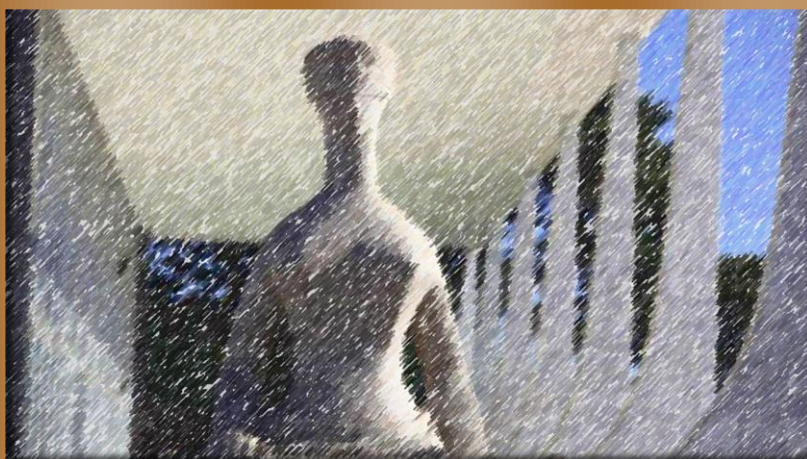


Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina



Uma publicação conjunta:



Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Ano 5 ■ Vol. 5 ■ N. 1 ■ Jan./Dez. 2016



Associação dos Procuradores do
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de
Londrina

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Vol. 5, Nº 1, Dezembro 2016
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 5 – Nº 1	185 p.	Dezembro 2016
------------------	----------	-------------	--------	---------------

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral
do Município de Londrina

Conselho Editorial

João Luiz Martins Esteves (Coordenador)
Carlos Renato Cunha
Celso Zamoner
José Roberto Reale
Paulo César Tieni

As opiniões emitidas nos artigos são de
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina e da Associação dos
Procuradores Municipais de Londrina –
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: aprolon@aprolon.com.br

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de
Londrina, - v.5,n.1, (Dez, 2016) – Londrina, 2016.

Anual

ISSN: 2317-4188 (on-line)

Disponível em:

<<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores
do Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON
Publicação: dez. 2016

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -
APROLON
Av. Rio de Janeiro, 1389
Vila Ipiranga - Londrina-PR
CEP 86.010-150
(43) 9996-4715
aprolon@aprolon.com.br - www.aprolon.com.br

Procuradoria-Geral do Município de Londrina
Av. Duque de Caxias, 635,
Prefeitura Municipal - Centro Cívico
Bairro Petrópolis - Londrina-PR
CEP 86.015-901
(43) 3372-4327
www.londrina.pr.gov.br



Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Procurador-Geral do Município
Paulo César Gonçalves Valle

Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria
Renata Kawasaki Siqueira

Corregedora-Geral do Município
Alexandre Alberto Trannin

Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP
Sérgio Correia

Gerente de Serviços Públicos - GSP
Luciano Sodré Galves

Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA
Renata Kawasaki Siqueira

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN
Marcelo Moreira Candeloro

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT
Amanda Casado Ribas

Gerente de Execução Fiscal – GEF
Gisele Cristiane Campanari Miliorini

Os cargos até aqui nominados são os que compõem a Comissão Especial de Assuntos Estratégicos da PGM-Londrina.

Assessora-Técnica Administrativa e Financeira – ATAF
Mário Lucas França de Oliveira

Coordenador de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab
Lucas Ferreira Santana

Coordenador de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF
Amanda Maia Fracaroli

Coordenadoria de Análise de RPVs e Precatórios
Carolina Bombonato Borchart

Coordenadoria de Apoio ao Setor de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos
José Henrique dos Santos Piazza



**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -
APROLON**

Presidente

João Luiz Martins Esteves

Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)

Marcelo Moreira Candeloro

Diretor Administrativo

Amanda Casado Ribas

Diretora Financeira

Saete Teresinha de Souza

Diretora de Comunicação

Lia Correia

Diretora de Eventos

Sérgio Correa

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos

José Roberto Reale

Conselho Fiscal

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Sabrina Favero Rezende

Celso Zamoner

Ellen Patrícia Chini (suplente)

Diretores Adjuntos

Leonardo Martin Garcia

Fábio César Teixeira

Gisele Cristiane Campanari Miliorini



SUMÁRIO

EDITORIAL.....	9
ARTIGOS	
A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TERRORISMO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.260/16 E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TAXATIVIDADE <i>Alfeu Brassaroto Junior</i>	11
ANÁLISE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E ESTUDO DE PROPOSTAS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO <i>Bruno Ferreira de Souza</i> <i>Emily Garcia</i>	31
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO: O ENTENDIMENTO DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO LIVRO ELETRÔNICO <i>Carlos Renato Cunha</i> <i>Luciana Lizotti Cilião</i>	51
A MODERNIZAÇÃO DAS PROCURADORIAS DOS MUNICÍPIOS PARA UM INCREMENTO DA ARRECADAÇÃO DOS TRIBUTOS MUNICIPAIS <i>José Roberto Reale</i>	75
DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE <i>Mariani Bortolotti Fiumari</i>	85
A PROPRIEDADE URBANA Á LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ <i>Mateus Alves Saffaro</i>	111
AUMENTO DE PREÇOS DE COMBUSTÍVEIS E INTERVENÇÃO DO ESTADO <i>Rodrigo Brum Silva</i> <i>Tatiane Boneto Pinheiro</i>	119
PRISÕES CAUTELARES E OS NOVOS MEIOS ALTERNATIVOS TRAZIDOS PELA LEI N. 12.043/2011 SOB A LUZ DO GARANTISMO PENAL <i>Uliana Ferreira Lara</i>	145
COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA	
ADPF 190, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Luís Henrique Fernandes Hidalgo</i> <i>Washington Aparecido Pinto</i>	173

EDITORIAL

Esta nova edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município consolida um trabalho editorial que vem impulsionando um gradativo aumento de submissão de artigos jurídicos, bem como da consulta e leitura ao material publicado.

Nosso compromisso é com a melhoria constante no sistema de avaliação dos artigos e pareceres submetidos e mais uma vez agradecemos aos que se dispuseram a colaborar com esta nova edição e, de consequência, com a disseminação do saber jurídico.

Londrina-PR
Dezembro de 2016.

João Luiz Martins Esteves
Presidente da APROLON
Coordenador da Revista

José Roberto Reale
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TERRORISMO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.260/16 E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TAXATIVIDADE

Alfeu Brassaroto Junior

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná – Unopar. Advogado.

RESUMO: Com o presente trabalho, objetivou-se analisar a tipificação do crime de terrorismo trazida pela Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 e o Princípio constitucional da taxatividade. Foi constatado que, atualmente, tanto no direito interno quanto no direito internacional inexistia uma definição pacífica e universal do termo terrorismo. Verificou-se, outrossim, que no ordenamento jurídico brasileiro inexistia uma lei específica antiterrorismo. Para tanto, foi analisado o Princípio constitucional da taxatividade e a tipificação do terrorismo trazida pela *novatio legis*. A partir disso, a conclusão alcançada foi que ao legislador faltou técnica legislativa ao conceituar/tipificar o delito de terrorismo na Lei 13.260/16.

PALAVRAS-CHAVE: Tipificação. Terrorismo. Princípio. Constitucional. Taxatividade.

ABSTRACT: The present study aimed to analyze the characterization of the crime of terrorism brought by Law No. 13.260, of March 16, 2016 and the constitutional exhaustive principle. It was noted that currently both in domestic law and in international law does not exist a peaceful and universal definition of the term terrorism. It was also that the Brazilian legal system did not exist one specific anti-terrorism law. For this we analyzed the constitutional exhaustive principle and terrorist classification brought by *legis novatio*. From this, the conclusion reached was that the legislature lacked legislative technique to conceptualize / typify the crime of terrorism in Law 13.260/16.

KEY-WORDS: Typifying. Terrorism. Principle. Constitutional. Exhaustive.

1. Introdução

A proposta do presente artigo será a de analisar a tipificação do crime de terrorismo trazida pela Lei nº 13.260/16 e o Princípio constitucional da taxatividade.

Tal verificação tem como objetivo avaliar se a *novatio legis* fora editada de acordo com as determinações trazidas pelo Princípio constitucional da taxatividade, o qual tem significativa importância no processo legislativo, principalmente para a elaboração de leis penais de caráter incriminador.

Buscou-se, também, aferir as consequências e os riscos decorrentes de uma lei penal de caráter incriminador contrária ao que preceitua o Princípio constitucional da taxatividade.

Para tanto, o presente trabalho pautou-se no método de pesquisa bibliográfica, buscando-se, assim, reunir os melhores ensinamentos com relação aos temas objeto de análise.

A prática do terrorismo é um mal que atinge a sociedade mundial desde os tempos mais remotos. Por consequência disso, em um primeiro momento, serão analisadas as principais referências ao terrorismo em nosso ordenamento jurídico brasileiro, tendo como princípio a Lei de Segurança Nacional (Lei n° 7.170/83), em razão de ser uma das mais relevantes legislações, antes da edição da atual “Lei Antiterrorismo”, a tratar, ainda que indiretamente, acerca do assunto.

Seguidamente, serão analisados os principais conceitos existentes com relação ao terrorismo, seja no direito interno ou externo.

Por terceiro, será realizada uma abordagem ao Princípio constitucional da taxatividade, oportunidade em que inicialmente será analisada a sua previsão no texto constitucional, seguida de uma análise conceitual e, por fim, serão abordados os seus principais objetivos, principalmente aqueles concernentes a edição de uma lei penal incriminadora.

Por derradeiro, haverá a abordagem da conceituação/tipificação do crime de terrorismo trazida pela *novatio legis* nº 13.260/16, ocasião em que ainda será analisada a sua compatibilidade com o que preceitua o Princípio constitucional da taxatividade.

2. AS PRINCIPAIS REFERÊNCIAS AO TERRORISMO EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme se extrai da história, o crime de terrorismo já assola a sociedade mundial há vários séculos, sendo, portanto, um fenômeno histórico ancestral.

Jackson Spielvogel (2013, p. 35), ao tratar sobre o tema prescreve que:

Os assírios e os romanos foram conquistadores da Antiguidade que atingiram a infâmia pelo uso do medo como estratégia militar e para coibir subversões entre os povos conquistados, utilizando punições como impalamento e a crucificação, além do extermínio sistemático e a deportação dos povos nativos.

Por esta razão, não é possível descartamos a existência de uma legislação acerca do crime de terrorismo no Brasil nos tempos mais remotos, porém, por uma questão didática, mostra-se conveniente analisarmos no momento, somente as principais previsões legais com relação ao tema.

A Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, intitulada como Lei de Segurança Nacional, a qual define os crimes contra a ordem nacional, a ordem política e social, faz menção ao terrorismo em seu artigo 20, vejamos:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. (grifo nosso)

Segundo o entendimento do doutrinador Victor Eduardo Rios Gonçalves (2001, p. 82), o tipo penal acima traz em seu teor um tipo misto alternativo, o qual descreve diversas atitudes terroristas, razão pela qual chega à conclusão que referido artigo tipificou o delito de terrorismo. Entretanto, muitos outros doutrinadores não comungam tal posicionamento, como Alberto Silva Franco e Marcelo Ovídio Lopes Guimarães.

A nossa Carta Magna, tanto em seu artigo 4º, inciso VIII, quanto em seu artigo 5º, inciso XLIII, também fez referências ao crime de terrorismo, dispondo que:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; (grifo nosso)

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

[...]

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem; (grifo nosso)

Levando em consideração que a Constituição Federal somente foi promulgada acerca de cinco anos após já estar em vigor a Lei de Segurança Nacional, sem trazer qualquer disposição expressa revogando-a, restou subentendido que ela fora recepcionada e mantida em plena vigência em nosso ordenamento jurídico.

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (com redação atualizada e definida pela Lei nº 11.464/07), a qual dispõe sobre os crimes hediondos, e determinou outras providências, em seu artigo 2º, *caput*, equiparou o crime de terrorismo a crime hediondo, estabelecendo que:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o **terrorismo** são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança. (grifo nosso)

Analisando o dispositivo legal acima, é possível extrair que em razão do crime de terrorismo ter sido considerado equiparado ao crime hediondo, pelo legislador, de pronto verificamos que a gravidade do tema e a tentativa de acautelar o meio social, o fez despendar maior atenção com relação a ele.

Posteriormente, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, a qual define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determinou outras providências, em seu artigo 3º, inciso III, estabeleceu que não se beneficiariam da condição de refugiados as pessoas que tenham participado de atos terroristas, destaca-se:

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

[...]

III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, **participado de atos terroristas** ou tráfico de drogas; (grifo nosso)

Após a ocorrência do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, contra o *World Trade Center*, o símbolo máximo do capitalismo dos Estados Unidos, coordenado pela organização fundamentalista islâmica Al-Qaeda, o qual foi repudiado em toda a parte do mundo, surgiu a necessidade dos países desenvolverem políticas públicas com relação ao tema.

No Brasil, logo após este episódio, entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.744, de 09 de outubro de 2003, a qual já em seu artigo 1º dispôs sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, nos seguintes termos:

Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, **provocados por atentados terroristas**, atos de guerra ou eventos correlatos,

ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. (grifo nosso)

Não obstante referida disposição legal não ter diretamente correlação com a definição e/ou tipificação do crime de terrorismo, integra a nossa legislação infraconstitucional, estabelecendo regras de cunho indenizatório decorrentes de atos terroristas.

Já em âmbito internacional, dentre os diversos tratados elaborados pela Organização das Nações Unidas com relação ao terrorismo, o que mais se destaca é a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, assinada em Barbados, a qual foi internalizada em nosso direito interno através do Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

Referida Convenção traz ao longo de seu teor, como objetivos principais, o de que os Estados signatários adotem medidas internas buscando prevenir, punir e erradicar o terrorismo, bem como a internalização ao direito interno de diversos outros tratados internacionais, os quais estão relacionados a prevenção e punição de atos de terror, destaca-se:

Artigo 1 – Objetivos e fins - Esta Convenção tem por objeto prevenir, punir e eliminar o terrorismo. Para esses fins, os Estados Partes assumem o compromisso de adotar as medidas necessárias e fortalecer a cooperação entre eles, de acordo com o estabelecido nesta Convenção.

Artigo 2 – Instrumentos internacionais aplicáveis - 1. Para os propósitos desta Convenção, entende-se por "delito" aqueles estabelecidos nos instrumentos internacionais a seguir indicados:

- a. Convenção para a Repressão do Apoderamento Ilícito de Aeronaves, assinada na Haia em 16 de dezembro de 1970.
- b. Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinada em Montreal em 23 de dezembro de 1971.
- c. Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1973.
- d. Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 17 de dezembro de 1979.
- e. Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, assinada em Viena em 3 de dezembro de 1980.
- f. Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional,

complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinado em Montreal em 24 de dezembro de 1988.

g. Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima, feita em Roma em 10 de dezembro de 1988.

h. Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental, feito em Roma em 10 de dezembro de 1988.

i. Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1997.

j. Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999. 2. Ao depositar seu instrumento de ratificação desta Convenção, o Estado que não for parte de um ou mais dos instrumentos internacionais enumerados no parágrafo 1 deste artigo poderá declarar que, na aplicação desta Convenção a esse Estado Parte, aquele instrumento não se considerará incluído no referido parágrafo. A declaração cessará em seus efeitos quando aquele instrumento entrar em vigor para o Estado Parte, o qual notificará o depositário desse fato.

Feito isso, retornando ao ordenamento jurídico interno, a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, a qual define a organização criminosa e dispõe sobre outras investigações, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, traz em seu artigo 2º, inciso II, o seguinte:

Art. 2º Esta Lei se aplica também:

[...]

II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional. (grifo nosso)

Conforme se extrai do dispositivo legal acima, a Lei de Organização Criminosa se aplica às organizações terroristas, desde que elas sejam reconhecidas pelo direito internacional, por foro de que o Brasil faça parte, e que os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Finalmente, entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico a Lei 13.260, de 16 de março de 2016, a qual regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Entretanto, por ser a tipificação do crime de terrorismo trazida por referido dispositivo legal o tema principal da presente pesquisa, será analisado adiante, em tópico exclusivo.

3. CONCEITO DE TERRORISMO

Em que pese a Lei nº 13.206/2016 tenha trazido ao nosso ordenamento jurídico a tipificação do delito de terrorismo, mostra-se conveniente analisarmos o conceito do vocábulo terrorismo.

Atualmente inexistente um conceito universal acerca do “terrorismo”. Por ser a sua conceituação muito abrangente, há certa dificuldade da doutrina brasileira e mundial na definição de seu conceito, o qual sofre certa variação de acordo com a cultura local e a carga política considerada para a sua análise.

A etimologia do vocábulo terrorismo é proveniente dos termos latins *terrere* (tremar) e *detertere* (amedrontar).

Segundo o Dicionário do Aurélio, da palavra terrorismo é possível encontrar três significados distintos, sendo eles: “1) Conjunto de atos de violência cometidos por agrupamentos revolucionários; 2) Sistema, regime do Terror, em França (1793-1794); 3) Sistema de governo por meio de terror ou de medidas violentas.”

No direito internacional, como já dito, também não há uma conceituação do terrorismo definida. A Organização das Nações Unidas, embora também não tenha um consenso para a promulgação da chamada *Comprehensive Convention on International Terrorism*, vem, desde 1994 utilizando-se da seguinte definição:

3. Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political

purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them;¹

Em que pese a sábia definição acima, esta não é vinculante a nenhum dos países membros da Organização das Nações Unidas.

De outro lado, mostra-se relevante também destacarmos a definição do terrorismo trazida pelo jurista uruguaio Eduardo Jiménez de Arechaga *apud* Antônio Lopes Monteiro (2002, p. 120), o qual dispõe:

[...] o terrorismo consiste de atos que dentro deles mesmo são formas clássicas de crime: assassinatos, sequestros, uso indevido de explosivos, etc., os quais entretanto diferem do crime clássico, pois são executados com a deliberada intenção de causar pânico, desordem e terror dentro de uma sociedade organizada.

Já o jurista Joaquín Ebile Nsefum (1985, p. 138), define o terrorismo da seguinte forma:

Actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas; de destrucción o interrupción de los servicios públicos o de destrucción o apropiación del patrimonio que, verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad o el orden públicos con fines políticos.²

Por fim, vale a pena trazermos em tela a definição do terrorismo trazida pela jurista Raymond Aron *apud* Consuelo Ramón Chornet (1993, p. 114), o qual aduz:

[...] denominamos terrorista una acción violenta cuando sus efectos psicológicos no guardan en absoluto proporción con el puro resultado físico de la misma...la ausencia de discriminación contribuye a sembrar el miedo,

¹ 3. Atos criminosos destinados ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, em um grupo de pessoas ou de pessoas particulares, com propósitos políticos, são em qualquer circunstância injustificáveis, quaisquer que sejam as considerações, de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou qualquer outra natureza que podem ser invocados para justificá-las (tradução nossa).

² Atos contra a vida, integridade corporal, saúde ou liberdade das pessoas, de destruição ou interrupção dos serviços públicos ou de destruição ou apropriação do patrimônio que, verificados sistematicamente, tendem a provocar uma situação de terror que altere a segurança ou a ordem públicas com fins políticos (tradução nossa).

porque, si nadie em particular es un objetivo, ninguno puede considerarse a salvo.³

Analisando detidamente todas as definições acima explicitadas, podemos chegar à conclusão de que o terrorismo trata-se da prática reiterada e sistemática de um conjunto de ações desproporcionais e egoísticas, destinadas ou calculadas para provocar um estado de terror e de pânico não só à comunidade vítima do ato terrorista ou que esteja na iminência deste, mas também ao público em geral, sempre com ataques a bens jurídicos inalienáveis dos seres humanos e/ou bens materiais de grande relevância, com o objetivo de alcançar determinados propósitos.

4. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Como já demonstrado anteriormente a temática abordada tem como objetivo demonstrar a tipificação do crime de terrorismo trazida pela Lei nº 13.260/13 e a violação ao Princípio constitucional da taxatividade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz ao longo de seu teor uma série de princípios penais. Dentre esses princípios constitucionais penais um dos mais relevantes, segundo dispõe muitos doutrinadores, é o princípio da legalidade.

No que tange à matéria penal, referido princípio se encontra previsto no texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXIX, o qual assim estabelece:

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

[...]

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (grifo nosso)

Com relação ao princípio da legalidade, o doutrinador Luiz Luisi (2003, p. 17) preleciona o seguinte ensinamento:

³ [...] denominamos terrorista uma ação violenta quando seus efeitos psicológicos não guardam em absoluto proporção com o puro resultado físico da mesma...a ausência de discriminação contribui a espalhar o medo, porque, se ninguém em particular é um objetivo, ninguém pode se considerar a salvo (tradução nossa).

O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, se desdobra em três postulados. Um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo. O primeiro postulado é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade.

Em que pese a doutrina recente tenha subdividido o princípio constitucional da legalidade em três postulados ou subprincípios, no presente momento, mostra-se relevante analisarmos tão somente o princípio da taxatividade.

Intitulado também na doutrina como princípio da determinação taxativa, o princípio da taxatividade traz a expressa exigência de que as leis penais, especialmente aquelas de natureza incriminadora, sejam claras e as mais certas e precisas possível.

Tal exigência é dirigida especialmente ao legislador para o fim de evitar a elaboração de tipos penais com o emprego de termos ambíguos, dúbios, vagos ou que de qualquer forma possibilite ao intérprete da norma chegar a mais de uma conclusão, senão aquela pretendida e determinada em seu comando.

Neste sentido, dispõe o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 188), senão vejamos:

[...] Se inexistente crime sem prévia definição legal, nem pena sem anterior cominação em lei, torna-se essencial garantir a eficiência do preceito delimitador da responsabilidade penal, demandando-se do Poder Legislativo a correta redação dos tipos incriminadores.

O tipo penal incriminador é um modelo abstrato de conduta proibida, voltado ao esclarecimento de todos em relação aos fatos considerados delituosos. Para cumprir a sua função de tornar compreensível a norma penal, deve-se cuidar de seu conteúdo, formado por vocábulos e sentenças, coordenadas e bem dispostas, de modo a assegurar a perfeita delimitação do universo da comunicação pretendida.

A taxatividade dos tipos penais tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos. Com isso, estabelece-se a relação de confiança entre o Estado e o indivíduo, tornando-se seguro o contorno entre o ilícito penal e o extrapenal.

Com isso, busca-se, acima de tudo, trazer segurança jurídica aos cidadãos, protegendo-os do arbítrio judiciário, eis que terão tipos penais linguisticamente claros e insofismáveis

dispondo acerca das normas penais incriminadoras vigentes no ordenamento jurídico.

Com relação ao tema em enfoque, o doutrinador Luiz Luisi (2003, p. 25), nos ensina que:

A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.

Nesta mesma toada, o doutrinador José Carlos Daumas Santos (2005, p. 12), assim estabelece:

Proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais genéricos ou vazios, valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, ou ambíguos, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.

Entretanto, em que pese a obrigatoriedade de observância ao princípio da taxatividade, ao contrário do que nos ensina nossos manuais, sabemos ser humanamente impossível que o legislador descreva com clareza e exatidão, ao longo do tipo penal, todas as formas imagináveis possíveis de execução de uma conduta delituosa, até por que a mente criminosa é muito fértil e evolui a todo o momento.

Se não é possível ao legislador exercer seu múnus com precisões e exatidões, deve se utilizar de rigor na linguagem empregada na elaboração da norma penal incriminadora, através dos instrumentos de técnica legislativa, existentes, exatamente, para isso.

Por esta razão, referido princípio, determina, na verdade, ao legislador, o mínimo de imprecisão possível na elaboração de tipos penais incriminadores. Se não é possível ao legislador descrever a conduta penal incriminadora de forma categórica, sua atuação deve ser de forma a evitar as obscuridades e as ambiguidades, para que assim seja reduzida ao máximo a margem de discricionariedade do intérprete.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE.

No Brasil, inexistia uma legislação específica tipificando o delito de terrorismo, existindo, apenas, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), a qual, como já demonstrado, pune com pena de reclusão, de 03 a 10 anos, a prática de atos de terrorismo, mesmo sem ter definido ao longo do tipo em que consistia os atos de terrorismo.

Ocorre que, há poucos meses antes de o Brasil sediar as “Olimpíadas Rio 2016”, certamente em decorrência de pressões internacionais, bem como em decorrência dos diversos ataques terroristas realizados no mundo, destacando-se o praticado em Paris⁴, na França, em 13/11/2015, o legislador brasileiro foi “obrigado” a editar uma lei específica tratando do assunto.

Por esta razão, em 16 de março de 2016, foi editada a Lei 13.206, intitulada como “Lei Antiterrorismo”, a qual traz já em seu artigo 1º, os objetivos pelos quais fora acrescentada em nosso ordenamento jurídico, sendo eles o de regulamentar o previsto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratar de disposições investigatórias e processuais e reformular o conceito de organização terrorista.

O problema é que em razão da urgência para a edição da “Lei Antiterrorismo”, bem como em decorrência do exíguo espaço de tempo despendido para que o legislador estudasse e debatesse uma matéria de tamanha importância, fez com que referida norma fosse editada com falhas seríssimas, as quais em determinados momentos chegam a afrontar o que dispõe o Princípio constitucional da taxatividade.

O principal problema encontrado em referida lei se dá justamente em seu cerne, ou seja, no momento de definir/tipificar o conceito do crime de terrorismo. Tal definição se encontra insculpida no *caput* do artigo 2º, o qual assim prevê:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (grifo nosso)

Analisando referido tipo penal é possível verificar que o legislador não se utilizou das melhores técnicas legislativas para a sua elaboração. Essas falhas nas aplicações das técnicas

⁴ Reportagem extraída do site: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/tiroteios-e-explosoes-sao-registrados-em-paris-diz-imprensa.html>>.

legislativas se dão em razão de o legislador ter se utilizado de termos vagos e imprecisos para definir/tipificar o crime de terrorismo.

A primeira falha legislativa a ser analisada se dá com relação às terminologias empregadas, tais como “terror social” ou “generalizado”.

Assim como demonstrado anteriormente, inexistente no direito interno ou internacional uma definição universal do que seja o terrorismo. Com relação ao termo “terror social” a situação ainda é mais problemática, posto que ao contrário do conceito de terrorismo, que são vários, e até o presente momento inexistente uma definição universal, com relação ao termo “terror social”, são raríssimos os doutrinadores que trazem uma definição sobre ele, eis que se trata de um termo muito vago e impreciso, passível de diversas interpretações e significados.

Através de consulta realizada no Dicionário do Aurélio, inexistente qualquer definição para o que seja o vocábulo “terror social”. Entretanto, se analisarmos separadamente a palavra “terror” e “social”, no Dicionário do Aurélio, é possível verificarmos os seguintes significados:

A palavra “terror” possui três definições, sendo elas: “(1) Pavor, pânico, grande medo. (2) Qualidade de terrível. (3) Regime político caracterizado por prisões e morticínios.”

Já a palavra “social”, também possui três definições, sendo elas: “(1) Que diz respeito à sociedade. (2) Que tem tendência para viver em sociedade. (3) Que diz respeito a uma sociedade comercial.”

Analisando as definições trazidas acima, podemos verificar que há possibilidade de chegarmos a diversas definições do que poderia significar a expressão “terror social”, se analisarmos as palavras “terror” e “social” de forma isolada.

Da mesma forma, o emprego do termo “generalizado”, o qual significa, segundo o Dicionário Michaelis, “1) Que se generalizou; em que houve generalização; 2) Tornando comum; difundido; universalizado; vulgarizado; 3) Que se espalhou, disseminado, propagado”; não é possível saber sequer a dimensão desta generalidade pretendida pelo legislador para a subsunção do fato a norma, haja vista que esta pode se dar tanto na amplitude de uma comunidade muito local e limitada, como um bairro, podendo chegar a dimensões mais expressivas como a de uma cidade, estado ou em na totalidade de um país.

Se já não bastasse isso, há de se destacar que do emprego do termo “generalizado” não é possível saber se para a subsunção do fato a norma é necessário que todos os membros daquela sociedade sejam afetados pelo atos praticados ou se a maioria dele já seria necessário para a sua caracterização.

Sendo assim, levando em consideração que não há possibilidade de uma definição específica e universal com relação ao termo “terror social” e muito menos se ter uma dimensão do termo “generalizado”, podemos concluir que o intérprete da norma pode chegar a diversas conclusões, o que, sem dúvidas, demonstra a falha na aplicação das técnicas legislativas pelo legislador quando da elaboração do dito tipo legal, atualmente em pleno vigor.

Outra falha legislativa incorrida quando da definição/tipificação do crime de terrorismo se deu com o emprego dos termos “paz pública” e “incolumidade pública”. Como se extrai da norma penal, o crime de terrorismo consiste na prática de determinados atos previstos no artigo, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Assim como ocorre com o emprego das expressões “terror social” e “generalizado”, também inexistente uma definição pacífica e/ou universal do que consiste as expressões “paz pública” e “incolumidade pública”, quando consultadas desta forma na doutrina ou no dicionário de língua portuguesa.

Contudo, se analisarmos as expressões “paz”, “pública” e “incolumidade” no dicionário de forma isolada podemos chegar as seguintes definições, vejamos:

A palavra “paz”, quando analisada no Dicionário Michaelis, possui os seguintes significados:

- (1) Situação em que não há guerra nem enfrentamento entre dois ou mais países; ausência de luta ou conflito dentro de um país ou de um Estado com outro [...].
- (2) Tratado que mantém ou restabelece esse estado [...].
- (3) Suspensão das hostilidades entre beligerantes mediante a celebração de tratado; armistício, trégua.
- (4) Tranquilidade e ausência de conflito entre as pessoas; calma, equilíbrio, serenidade [...].
- (5) Ausência de conflitos ou inquietações pessoais; tranquilidade da alma [...].
- (6) Ausência de ruído, agitação; quietude, remanso, sossego [...].

Já a expressão “pública”, não apresenta nenhum significado específico, tanto em consulta no Dicionário Michaelis, quanto pesquisada no Dicionário do Aurélio.

Por derradeiro, o termo “incolumidade”, quando consultado no Dicionário Michaelis, apresenta os seguintes significados: “(1) Qualidade ou condição de incólume. (2) Estado ou condição de quem está livre do perigo”.

Diante dos diversos significados acima insculpidos, quando da análise isolada das palavras “paz” e “incolumidade”, bem como em decorrência da lacuna do significado da expressão

“pública”, podemos verificar que o intérprete da norma também pode chegar a diversos resultados quando da tentativa de identificar qual seria os sentidos das expressões “paz pública” e “incolumidade pública”.

O ilustre doutrinador Rogério Greco (2012, p. 219), aduz que o termo paz pública “significa necessária sensação de tranquilidade, de segurança, de paz, de confiança que a nossa sociedade deve ter em relação à continuidade normal da ordem jurídico-social”.

Entretanto, em que pese os ensinamentos proferidos pelo doutrinador acima, este não serve para aniquilar as incertezas que pairam acerca do termo “paz pública”, em razão de ser uma expressão muito vaga e incerta.

O Código Penal Brasileiro, reserva o título IX, o qual compreende os artigos 286 à 288-A, especificamente para tratar dos delitos contra a paz pública. Entretanto, assim como ocorre na “Lei Antiterrorismo” e na Lei de Segurança Nacional, também não traz uma definição do que consiste a tal paz pública protegida.

Sendo assim, em razão da imprecisão dos termos “paz pública” e “incolumidade pública”, verificamos que novamente careceu ao legislador o emprego de técnicas legislativas para a devida formulação de uma lei penal incriminadora.

A utilização de diversas expressões vagas e indeterminadas no conceito/tipificação do crime de terrorismo, ao longo do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 13.206/2013 (Lei Antiterrorismo), além de caracterizar a evidente falha do legislador ao tratar de um assunto de tamanha relevância, também afronta significativamente o que determina o Princípio constitucional da taxatividade.

Ademais, há de se destacar que a ausência de precisão taxativa na norma penal incriminadora desencadeia na sociedade uma sensação de insegurança jurídica ao invés de uma segurança, pela a edição de uma *novatio legis* incriminadora no ordenamento jurídico, em razão de colocarem os cidadãos sujeitos ao arbítrio estatal.

A prática de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião já são tipificadas, de forma individual, pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 20 da Lei 7.716/89.

Referidos delitos serão absorvidos pelo crime de terrorismo, quando a prática de determinados atos forem cometidas com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública e a incolumidade.

Os atos constantes nos incisos I, IV e V, do artigo 2º, da Lei nº 13.260/13, também já modalidades delituosas previstas de forma isolada em nosso ordenamento jurídico.

Para dissociar a caracterização de uma modalidade delituosa ou outra, o aplicador da lei deverá verificar se a conduta do agente tinha a finalidade de provocar “terror social” ou “generalizado”, expondo em perigo a “paz pública” ou a “incolumidade pública”, os quais são termos totalmente vagos, imprecisos e dúbios.

Desta forma, verificamos claramente que o legislador aterrorizou o texto legal, com a edição da “Lei Antiterrorismo”, gerando no meio social uma evidente insegurança jurídica, haja vista que os cidadãos deverão contar com a discricionariedade do magistrado e principalmente com a sorte para saber se a sua conduta se subsumirá à Lei nº 7.716/89 e será punida com a pena de reclusão de 1 a 3 anos; se serão punidos por aquelas condutas já previstas isoladamente e anteriormente no ordenamento jurídico; ou à Lei nº 13.260/2016, com a pena de reclusão de 12 a 30 anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência, o que afronta, sem sombra de dúvida, o que preceitua o Princípio constitucional da taxatividade.

Alguns doutrinadores ainda asseveram que o legislador fracassou ao tentar conceituar o crime de terrorismo, utilizando-se, para tanto, de atos que já eram considerados crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que não seria, em tese, necessário punir atos que já eram considerados delituosos por nossos leis penais.

Finalmente, mostra-se imperioso destacar que, a edição da “Lei Antiterrorismo” com tantas falhas legislativas somente serve para fortalecer o Direito Penal do inimigo, bem como para, infelizmente, mostrar ao mundo mais uma norma de direito penal simbólico, sem trazer as consigo as funções essenciais as quais deveriam lhe englobar, o que é inadmissível em um estado democrático de direito, como acreditamos ser o nosso.

6 CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho foi a de analisar a tipificação do crime de terrorismo trazida pela Lei nº 13.260/16 e a violação ao Princípio constitucional da taxatividade.

Em princípio, pode-se verificar que no ordenamento jurídico brasileiro já existiram diversas legislações tratando, ainda que de forma indireta, do terrorismo. Essas referências puderam ser observadas tanto no texto constitucional, quanto na legislação infraconstitucional.

Entretanto, em pese seja um tema de grande relevância, inexistia qualquer legislação específica tratando dele. Esta lacuna somente foi sanada em nosso ordenamento jurídico em 16 de março de 2016, oportunidade em que fora editada a Lei nº 13.260/16, a qual fora intitulada como

“Lei Antiterrorismo”, regulamentando, assim, o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Constatou-se, também, que atualmente inexiste no direito interno ou internacional uma definição/conceituação pacífica e universal do termo terrorismo. Contudo, a Organização das Nações Unidas vêm desde o ano de 1994, oportunidade em que fora realizada a “*Measures to eliminate international terrorism*”, utilizando-se um conceito pré-definido, porém, este não é vinculativo a nenhum dos países membros.

Verificou-se que o Princípio constitucional da taxatividade é decorrente do Princípio constitucional da legalidade, o qual se encontra expressamente capitulado no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal.

Através da análise de referido princípio, pode ser observado que ele é especialmente dirigido ao legislador e estabelece a ele diversas determinações, intituladas como técnicas legislativas, as quais, se, seguidas, serão suficientes para que editem leis certas e suficientemente precisas, reduzindo-se, assim, significativamente, a insegurança jurídica decorrente de sua inclusão no ordenamento jurídico ou de submeter os cidadãos ao arbítrio estatal em decorrência dela.

Por fim, analisou-se, ainda, a conceituação/tipificação do crime de terrorismo trazida pela Lei nº 13.260/16 e a sua compatibilidade com o Princípio constitucional da taxatividade.

Nesta ocasião, verificou-se que em razão dos diversos ataques terroristas realizados no mundo e em razão de o Brasil ser a sede das “Olimpíadas Rio 2016”, sem ter uma legislação específica antiterrorismo, os legisladores passaram a sofrer diversas pressões externas para que editassem uma norma neste sentido.

Ocorre que, em que pese a seriedade do tema, não foram despendidos estudos nem mesmo tempo suficiente para debate da matéria em plenário, o que infelizmente veio a acarretar a edição de uma “Lei Antiterrorismo” com diversas falhas, principalmente, em seu cerne, ou seja, quando da tipificação/conceituação do crime de terrorismo.

Sendo assim, concluiu-se que em decorrência do fato do legislador não ter aplicado, quando da elaboração da *novatio legis*, das melhores técnicas legislativas, utilizando-se de diversas expressões totalmente vagas, imprecisas e dúbias, fora violado o Princípio constitucional da taxatividade, resultando, assim na inclusão de uma lei penal incriminadora de caráter significativamente simbólico em nosso ordenamento jurídico.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crime contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crime hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. Lei nº 10.744, de 09 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou evento correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o terrorismo, assinada em Barbados, em 03 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

CHORNET, Consuelo Ramón. Terrorismo y respuesta de fuerza en marco del Derecho Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/terrorismo>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=generalizado>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

Gl. Ataques terroristas em Paris deixam dezenas de mortos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/tiroteios-e-explosoes-sao-registrados-em-paris-diz-imprensa.html>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tráfico, Terrorismo, Tortura*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. V.4

LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos: Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2002.

NSEFUM, Joaquin Ebile. *El delito de terrorismo: su concepto*. Madrid: Editorial Montecarlo, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, José Carlos Daumas. *Princípio da legalidade na execução penal*. São Paulo: Manole, 2005.

SPIELVOGEL, Jackson. *Western Civilization: A Brief History*. 8. ed. Cengage Learning, 2014.

UNITED NATIONS. *Measures to eliminate international terrorism*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r060.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

ANÁLISE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E ESTUDO DE PROPOSTAS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO

Bruno Ferreira de Souza

Advogado. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC/UENP. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM.

Emily Garcia

Advogada. cursando Especialização em Filosofia Política e Jurídica, pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR.

RESUMO: O meio encontrado pelas sociedades do segundo pós-guerra para superar o positivismo legitimador dos regimes totalitários, foi o resgate de valores, e o instrumento utilizado foram as constituições contemporâneas, caracterizadas pelo alto grau axiológico, num fenômeno conhecido como pós-positivismo (neoconstitucionalismo), caracterizado pela institucionalização da moral ou moral constitucionalizada. Dado esse fator histórico, as consequências jurídicas aparecem de plano num agigantamento da jurisdição constitucional, reflexo dos diversos elementos que as constituições contemporâneas se propõem a realizar, num manifesto caráter mutante da realidade social, econômica, jurídica, e a garantia dessas promessas passa pelo Poder Judiciário, especialmente em países com dificuldades de concretizar até mesmo os direitos de primeira geração, como é o caso do Brasil. A reaproximação entre Direito e Moral, com a institucionalização de valores, exige uma teoria da decisão que limite a atuação jurisdicional frente onda de judicialização dos mais diversos temas da sociedade. Diversos jusfilósofos enfrentam esse tema, Alexy busca em Habermas elementos da linguagem para uma racional fundamentação das decisões; Dworkin confia numa interpretação principiológica e histórica do Direito que se sustenta a partir de um sistema coerente; a hermenêutica filosófica inter-relaciona texto e norma para superar a ruptura entre esses dois elementos para que a integração não seja realizada pelas concepções pessoais dos intérpretes.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; Judicialização; Jurisdição Constitucional; Técnicas Antidiscricionárias.

ABSTRACT: The means found by the companies of the second post-war to overcome the legitimizing positivism of totalitarian regimes, was the surrender values, and the instrument used was the contemporary constitutions, characterized by high degree axiological, a phenomenon known as post-positivism (neoconstitutionalism) characterized by the institutionalization of moral or moral constitutionalized. Given this historical factor, the legal consequences appear plan an aggrandizement of constitutional jurisdiction, reflecting the diverse elements that constitutions are proposed to be implemented, a manifest changing character of social, economic, legal, and securing these promises through the Judiciary especially in countries struggling to achieve even the first generation rights, with a deficit of public policies, as is the case in Brazil. The rapprochement between law and morals, with the institutionalization of values, requires a theory of the decision to limit the jurisdictional action front wave of legalization of the various

issues of society. Several law philosopher face this theme, Alexy search Habermas language elements for rational reasons for decisions; Dworkin trust in a principled and historical interpretation of the law that is sustained from a coherent system; philosophical hermeneutics interrelates text and standard to overcome the split between these two elements so that integration is not performed by the personal views of the performers.

KEY-WORDS: Neoconstitucionalism; Judicialization; Constitutional Jurisdiction; Non-Discretionary Technicals.

1. Introdução

O modelo de Estado de Direito visto contemporaneamente se materializa a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial. Até então, vigorou um Estado no qual a Constituição se tratava de normas políticas, sem aplicabilidade imediata. De fácil acentuação é que à época o Judiciário era enfraquecido perante a força do Legislativo. A mudança se dá com a crescente importância da Constituição, como documento normativo, não apenas político. Atrelado a isso está a Jurisdição Constitucional e a força do Poder Judiciário, pois este é o responsável direto pela justa aplicação e por fazer cumprir a Constituição.

O neoconstitucionalismo, apesar de o nome sugerir, não é uma continuidade do constitucionalismo (liberal), nem tampouco é simplesmente positivismo jurídico a fim de introduzir a moral ao sistema. O que é claro, sob todos os aspectos e teorias, é a tentativa de superação do modelo de regras em razão de sua incompletude, com base numa perspectiva normativa e considerando o mundo fático.

Em observação à experiência brasileira, existe uma grande dificuldade de, por um lado, garantir a efetividade da Constituição, e, por outro lado, realizar isso dentro duma realidade deficiente nas diversas ordens, política, jurídica, econômica e social. O vasto rol de direitos fundamentais e a característica analítica da Constituição, além da impossibilidade de previsão dos fatos pelo Legislativo por meio das leis (além da crise de representatividade pela qual passa tal Poder), inflaciona-se a jurisdição constitucional em busca da realização dos ditos direitos, e, na mesma medida, o poder hermenêutico dos juízes deve ser limitado.

2. DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

A judicialização da vida política, social e moral, diz respeito à transferência das decisões acerca desses temas para os órgãos judiciais, retirando-as do domínio político exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os motivos para o fenômeno em questão passam por vários âmbitos, tanto políticos quanto de naturezas social e pragmática. Um dos relevantes motivos, pode ser citada a crise da representativa, em que se tornam desacreditadas as instituições executiva e legislativa, fazendo com que o povo jogue suas expectativas e anseios sociais no Judiciário; outro motivo, este de cunho eminentemente político, é o de que os representantes eleitos, conscientemente, se abstêm de certas questões polêmicas, as quais podem importar um desgaste dos políticos. Isso se reflete em temas como: união homoafetiva, interrupção de gestação, demarcação de terras indígenas, dentro outros.

É bem verdade que, num primeiro vislumbre, se torna difícil fazer um juízo de valor frente a essas mudanças, pois não há necessariamente uma decisão melhor ou pior, mais democrática ou menos democrática, pelo simples fato de essas questões serem transferidas ao julgo das instâncias judiciais, no entanto, as regras do jogo democrático não comportam certas mudanças de competência, pelo fato de que a construção de cada Poder é realizada com suporte sobre bases elementares de características dos próprios Poderes; é de se advertir que, por vezes, a sociedade não está madura o suficiente para certos temas, e, inclusive, por isso, não são temas levantados no Congresso, o qual, deve ser lembrado, é o ambiente democrático legítimo a fim de decidir temas morais e sociais. Vale a referência à anotação realizada, no último dia 04 de fevereiro, pelo Juiz Federal mineiro Dr. Fabiano Verli, no Processo 582-23.2015.4.01.3811, que afirmou: “sou do Poder Judiciário e não faço política pública. Isto é do Executivo e do Legislativo.”

No Brasil, acrescenta-se também uma Constituição analítica, a qual, portanto, demanda mais juízo político e mais pretensões judicializadas. Além, é claro, do amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face do controle de constitucionalidade.

Por esses motivos explanados, questões de relevância social e/ou moral chegam, invariavelmente, ao Judiciário. Luís Roberto Barroso, em seu sítio na rede mundial de computadores, analisa e disponibiliza seus votos em algumas das muitas ações decididas pelo STF: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP).

O Judiciário, a fim de se estabelecer no papel constitucional de concretizador de direitos, “começou a pressionar diferentes setores e instâncias da administração pública com objetivo de criar as condições necessárias para a implementação dos direitos econômicos e sociais assegurados pela Constituição de 88; ou, então, a interpretá-la em perspectiva oposta aos interesses dos responsáveis pelas políticas de “ajuste fiscal” e estabilização monetária no âmbito do Executivo; ou, ainda, a tomar decisões com enormes custos para a “governabilidade”, como nas ações relativas à criação de novos tributos, desindexação de salários, privatização de empresas públicas, etc.” (FARIA, 2003, p. 10). Por outra via, para neutralizar retaliações, o Judiciário pode agir pragmaticamente e, em nome da estabilidade monetária, revogar atos juridicamente perfeitos e interferir em direito adquiridos.

O Judiciário poderia levar seus integrantes a assumir a perspectiva de juízes-executores ou, no máximo, de juízes delegado, conseguindo assim preservar a independência da instituição frente aos demais poderes. Mas, a eficácia da tutela judicial em parte ficaria comprometida, levando a Justiça a riscos, como de se tornar uma instituição irrelevante e de perder crédito perante à sociedade, afastando os cidadãos dos tribunais (SANTOS, 1993, p. 31).

O atual momento é de instabilidade monetária, inflação econômica descontrolada, e a solução dos Governos passa por uma desenfreada produção legislativa, o que gera a instabilidade legal e inflação jurídica. Pronto, a equação se estabelece dentro de um ciclo vicioso. O Legislativo acaba sendo refém do Executivo, considerando que não atua segundo a representação política, mas segundo as necessidades do Executivo. Já no Judiciário, as tensões levam à lides perante seus tribunais, responsáveis por assegurar coerência, unidade e integralidade a um sistema jurídico caótico. Daí chamarmos o fenômeno da intervenção dos tribunais na vida política e econômica de “judicialização”.

Segundo José Eduardo Faria, esse fenômeno não é atual.

Essas dificuldades do Executivo e do Legislativo e a “judicialização” da política e da economia daí advindas não são um fato novo no Brasil. Elas começaram a aparecer quando o legislador ordinário dos anos 80, ao modernizar a legislação processual com o objetivo de ampliar o alcance da tutela judicial para proteger os direitos difusos, passou a delegar competências para a magistratura, aumentando seus poderes cautelares, expandindo suas prerrogativas em matéria de apreciação de provas, etc. E se tornaram visíveis na Assembléia Constituinte, quando seus integrantes optaram por redigir uma Carta com “textura aberta” e normas programáticas nas matérias polêmicas, por causa da ausência de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo. Como nenhum partido dispunha, por si ou sob a forma de coalizões, de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político capaz de dar um mínimo de unidade conceitual e coerência programática à nova ordem

constitucional, o recurso a normas programáticas e cláusulas indeterminadas, que poderiam ser reguladas posteriormente por leis complementares e ordinárias, em outras condições e outras configurações partidárias, foi a estratégia adotada para permitir a conclusão dos trabalhos (FARIA, 2003, p. 15).

E acrescenta: “o Judiciário teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização e reconstitucionalização do País, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Ministério Público.” (FARIA, 2003, p. 16).

Um raciocínio se mostra basilar para o apresentado, os Poderes Legislativo e Executivo, dentro de suas competências e independências constitucionais, têm a “discricionariedade” de atuar nos momentos oportunos, ou seja, existe a possibilidade de um agendamento ou melhor planejamento para como e quando agir de uma devida maneira. Diametralmente oposta é a situação do Judiciário, este não pode deixar de decidir, mesmo quando é subitamente provocado sobre questões das mais diversas e difíceis espécies. E esse trabalho se torna ainda mais árduo quando não há coerência e integridade na produção legislativa e jurisprudencial, pois a maciça produção legislativa e de precedentes obedece às sucessivas mudanças econômicas. E além, pois não há parâmetros claros de ação do Judiciário, já que à sua apreciação surgem, pelos motivos trabalhados, conflitos de natureza política, não podendo exigir, assim, decisões meramente técnicas e formais.

3. BREVE ANÁLISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA SOCIAL, POLÍTICA E ECONÔMICA

Numa análise político-ideológica imediata, não há, nos membros do Poder Judiciário, a sabatina popular, ou seja, não são eleitos pelo povo, então suas investidas não possuem legitimidade para atuação dentro da moral social, além de ser afronta à política majoritária, considerando que é a maioria do povo quem escolhe seus representantes nos Legislativo e Executivo, por meio das eleições.

Do ponto de vista da capacidade institucional, os Poderes instituídos devem fazer valer a Constituição e se basear nela para suas próprias atividades, o que inclui competência. O que tem ocorrido nas situações de divergência é a decisão final do Judiciário. Essa preferência acarreta um desequilíbrio entre os Poderes. Em benefício da democracia não se espera uma instância hegemônica, pois, além de respeitada as competências, nem sempre os juizes são aqueles mais capacitados para uma melhor decisão.

Com base nisso, observa-se que as mais diversas questões relevantes, como exposto acima, são encaminhadas ao Judiciário, e é claro que o juiz não se faz experto em todas elas, nem se espera isso dele. O local de maior pluralidade, com técnicos e expertos nos mais diversos temas, é o Poder Legislativo, que tem a seu favor a vasta composição, e mais, tem um processo democrático de discussão acerca dos temas.

Outros aspectos a serem considerados são a questão orçamentária, os impactos socioeconômicos e outros, em que os juízes, por vocação e treinamento, não são preparados para eles.

O debate das questões, especialmente aquelas mais relevantes e com reflexos em toda sociedade, não pode ser aristocratizado, ou seja, não pode ser circunscrito a uma classe específica, no caso, a dos magistrados. O Judiciário vem se modernizando e se democratizando a fim de melhorar tais condições, por exemplo, por meio de audiências públicas, no entanto, ainda assim, a melhora nas condições democráticas do debate não são consideráveis.

O principal papel do Tribunal Constitucional é o de proteger e promover os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Em eventual posicionamento contramajoritário, deve haver a defesa dos elementos essenciais expostos na Constituição e se dar a favor da democracia (BARROSO, 2009, p. 89-90). Do contrário, o juiz tem o dever de aplicar a lei, ou seja, de aplicar aquilo que foi legitimado pelos legisladores através do devido processo democrático, bem como pelo exercício prudente de discricionariedade dos administradores.

A análise realizada não se limita à legitimidade democrática para decidir acerca da vida política, mas também se deve estar atento às “capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias.” Por fim, e ainda na linha do Ministro Barroso, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único âmbito de debate e de reconhecimento da vontade constitucional, “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.” (BARROSO, 2009, p. 91).

Entre os autores contemporâneos das mais diversas áreas é comum a afirmação de que a Constituição é repleta de “cláusulas abertas”, como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, fato esse que pode insurgir construções hermenêuticas opostas. Contudo, isso não é ou não deveria ser tolerado, busca-se segurança e integridade na jurisprudência, e não o contrário, como mais adiante se buscará deixar mais claro.

As colisões entre princípios, as contraposições de interesses, os antagônicos conteúdos dos direitos fundamentais, e uns com outros, causam tensões, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, a liberdade individual e a segurança da ordem pública e a persecução penal para aplicação da lei penal.

Dentro de um Estado estruturado com bases democráticas, legais, políticas e morais, não se pode permitir, especialmente nas questões penais que envolvem o precioso direito à liberdade, em nome de outro princípio, a unidade da Constituição, que o intérprete se valha de escolhas desvalidas de critérios objetivos para decidir (fundamentadamente) por um dos lados, que, reforça-se, ambivalentemente possuem proteção constitucional, daí a dificuldade maior e redobrada responsabilidade na decisão.

4. DIFERENÇAS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS PARA UMA DEVIDA APLICAÇÃO DO DIREITO

Interessante iniciar o tópico com explanação realizada por Luís Roberto Barroso, em “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, que afirma: “há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).” (BARROSO, 2007, p. 10).

Humberto Ávila apresenta um panorama da evolução da distinção entre estes institutos, podendo resumir da seguinte forma seus estudos: para Josef Esser, o critério distintivo estaria na “função de fundamento normativo para a tomada de decisão”, ou seja, seria uma distinção qualitativa; para Karl Larenz, distinguem-se também em “função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo a qualidade decorrente do modo de formulação da prescrição normativa”, posto que os princípios “não são regras suscetíveis de aplicação”; já para Canaris a distinção se dá pelo fato de os princípios possuírem “conteúdo axiológico explícito” e necessitarem de regras para serem concretizados, além de serem precedidos de “processo dialético de complementação e limitação”; para Dworkin, a distinção “não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios”; e Alexy os distingue por entender que os princípios possuem “apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras” (ÁVILA, 2009. p. 35 a 37).

Ronald Dworkin assevera que “a diferença entre princípio jurídico e regra é de natureza lógica. (...) as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.” (DWORKIN, 2002. p. 39).

Na lição de Alexy, fator distintivo é o fato de os princípios "serem razões para regras ou serem eles mesmos regras", ressaltando, ainda, a possibilidade de se constituírem "normas de argumentação ou normas de comportamento" (ALEXY, 2008 p. 89).

Em sua mais conhecida obra, Alexy certifica

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Barroso faz um bom traçado dos critérios de distinção. Primeiramente, apresenta como parâmetro o conteúdo da norma. Nesse aspecto, os princípios são normas que expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética, ou fins públicos a serem seguidos. E as regras jurídicas não conduzem valores ou fins públicos porque são a concretização destes. Outro critério de diferenciação é quanto à estrutura normativa.

Os princípios apontam para estados ideais a serem buscados, e as regras descrevem comportamentos. Assim, os princípios são normas finalísticas e as regras são normas descritivas. Outro critério observado por Barroso é o modo de aplicação. Esse último critério é para o autor a mais importante distinção: regras são aplicadas na modalidade do tudo ou nada, operada por subsunção; enquanto os princípios indicam uma direção, um valor ou um fim, assumindo dimensão de peso no caso concreto. E, por isso, é que "se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível." (BARROSO, 2008. p. 205-208).

A solução de conflitos entre regras não causa problemas teóricos, apesar de que na prática ocorrem distorções das mais diversas. Quanto à solução num caso de conflito de normas, afirma Ronald Dworkin que "Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (...) Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra

promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero” (DWORKIN, 2002. p. 43).

No mesmo enfoque, Robert Alexy define que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida”. Conclui-se que a solução se encontra no plano da validade.

De maneira diversa, quando há embate entre princípios, ambos podem ser válidos e não totalmente excludentes. A questão passa, portanto, não pela análise da validade, mas pela perquirição de qual princípio, no caso concreto, tem maior peso (segundo a visão alexyana). Ocorre que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Alexy, em outras palavras, sintetiza que se dois princípios colidem, um dos princípios tem que ceder, sem, no entanto, ser declarado inválido ou introduzida cláusula de exceção (ALEXY, 2008. p. 93).

Por tais razões, na colisão entre princípios não há invalidação, mas há sopesamento entre os interesses inseridos nesses princípios colidentes. A partir do sopesamento se define qual o princípio prevalece (tem maior peso) no caso concreto. São essas as estruturas da lei de colisão de Alexy.

5. RACIONALIDADE DISCURSIVA COMO TENTATIVA DE COMBATE AO DECISIONISMO

A preocupação com o subjetivismo decorre da verificação, que muitos autores praticam, de que as cláusulas abertas da Constituição e as definições normativas de aspecto valorativo atribuíram ao magistrado uma margem de autonomia. Acresce-se a esse fator aquele de que tais normas não são mais entendidas como meramente programáticas, e sim de aplicabilidade imediata, o que atribuiria ao intérprete a tarefa de preencher e limitar esses dispositivos. O embargo da subjetividade é a maior meta do pós-positivismo, que se ocupa de apresentar uma resposta jurídica para situações antes entregues à discricionariedade do magistrado.

A partir da consciência de que “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59) nasce a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica é, antes de tudo, um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (as regras como componentes do ordenamento jurídico).

Os aspectos valorativos, que passaram a ser entendidos também como parte do Direito, inserem-se na teoria do jusfilósofo alemão através da pretensão de correção do discurso; constatada a necessidade de que as ações moralmente corretas sejam abarcadas pelo Direito, Alexy determina que o ordenamento seja erigido sobre uma pretensão de correção. Somada à pretensão de correção, que está prevista também na teoria habermasiana (HABERMAS, 1989), Alexy entende ser necessária a justificação da decisão tomada.

Habermas sustenta a ideia da verdade como consenso, pois a entende como aquilo que é socialmente difundido e aceito. Trata, ainda, de dois âmbitos da comunicação: a ação e o discurso. A primeira não porta a pretensão de validade, busca apenas a correspondência com a “realidade”, entretanto, quando se procura a justificação para os atos de fala, entra-se no âmbito do discurso. As experiências trazidas ao discurso advêm da ação, mas não são produzidos por ele. Assim, a possibilidade de se realizar um discurso é o que determina a existência de um fato, como afirma Alexy (ALEXY, 2005, p. 112): “Um fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente”.

Alexy parte da Teoria do Discurso Racional para propor a sua Teoria da Argumentação Jurídica. As regras sobre a carga de argumentação pretendem distribuir entre os falantes o ônus da fundamentação, e resultam conjuntamente do princípio da universalidade e da regra da fundamentação, cingindo-se no enunciado de que “quem pretende tratar uma pessoa “A” diferente de uma pessoa “B” está obrigado a fundamentá-lo” (Alexy, 2005, p. 197).

A submissão do discurso ao mundo jurídico não o exime de se relacionar com a Moral. Na verdade, o ponto de contato entre o Direito e a Moral torna a teoria de Alexy algo novo, distinto da Teoria Positivista. Superado o entendimento do Direito como ciência meramente procedimental, advoga-se em defesa da aplicabilidade dos aspectos valorativos no discurso jurídico. Contudo, para evitar que essa valoração acabe por levar à resolução das decisões do subjetivismo dos tribunais, busca-se realizar um mínimo racional.

5.1. O MODELO DE ALEXY: “Princípio” da Proporcionalidade

Humberto Ávila ensina que a ponderação se realiza por meio de três fases: a) fase preparatória, na qual se analisam argumentos e elementos; b) fase de realização da ponderação, na qual se fundamenta a relação entre os elementos objeto de sopesamento; c) fase da reconstrução da ponderação, na qual se formula regras para se definir os elementos que prevalecem no sopesamento, inclusive, com pretensão de validade para além daquele caso singular (ÁVILA, 2009, p. 144).

Para Robert Alexy, a aplicação do princípio da proporcionalidade é feita através da “máxima da proporcionalidade”, a qual se divide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116).

Em seguida, continua o autor alemão e explica cada máxima parcial. Meio adequado ou idôneo é aquele que concretiza o direito fundamental em questão. Trata-se de uma análise da possibilidade fática. Humberto Ávila, em razão de sua clareza, dá contribuição essencial ao tema: “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim” (ÁVILA, 2009, p. 165).

Na análise da necessidade, observa-se que para a concretização de um dos direitos fundamentais em colisão deve ser utilizado o meio pelo qual seja menos gravoso para o direito fundamental submergido. Conclui-se que, se houver meio menos gravoso para o direito fundamental perdedor, não é legítimo tal meio, portanto não há necessidade. Trata-se, assim, de verificação de possibilidade fática, conforme doutrina de Alexy. Em outras palavras, para Ávila, trata-se de “verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido” (ÁVILA, 2009, p. 170).

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito é propriamente o “sopesamento”. Trata-se de análise jurídica. Deve ficar claro que essas três parciais dizem respeito à três níveis, ou seja, só se caminha para o nível seguindo se perfeito o nível anterior. Outra afirmação importante é a de que o prejuízo de um princípio deve ser proporcional ao cumprimento do outro, ou seja, quanto maior o dano do princípio perdedor, maior deve ser a realização do princípio vencedor.

6. DWORKIN, INTEGRIDADE DO DIREITO E O JUIZ “HÉRCULES”

Antes de tudo, vale retificar algum entendimento equivocado das lições de Dworkin que, apesar da realização por um protagonismo judicial, para o autor, não deve existir discricionariedade. Explica que a função de decidir cria o direito, entretanto, ao decidir um caso importante em que não há precedentes, deve-se decidir a partir “da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direitos” (DWORKIN, 2007, p. 9).

Em suas lições, Dworkin acentua que o mau juiz é aquele que é rígido e mecânico. O juiz deve fundamentar as decisões com base na observação da sociedade, pois o direito é mais que regras e princípios, é uma atividade interpretativa e reflexiva (DWORKIN, 2007, p. 19).

Assim Dworkin define princípio: “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002, p. 36). Desse fragmento da obra de Dworkin vale dizer que as decisões judiciais e também as leis não se sustentam por si sós, devem respeito aos preceitos valorativos da Constituição e não apenas do princípios legalmente previstos.

Lênio Streck dá contribuição valorosa à questão, faz um breve comentário de Dworkin e propõe que a fuga do autor estadunidense para fora da Constituição a fim de busca fundamentos valorativos, se encaixa de outro modo à realidade brasileiro, pois esses valores estão incluídos em Constituições analíticas como a brasileira.

(...) Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissárias e sociais como a brasileira (STRECK, 2008, p. 315).

A integridade que se demanda no Direito pode ser subdividida: a) integridade na legislação, da qual se exige do legislador a coerência aos princípios; b) integridade no julgamento, na qual se espera ser cumprida a lei coordenadamente com todo o sistema legal e constitucional. Lênio Streck esclarece:

um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja visto como coerente nesse sentido”; (...) “o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2008, p. 233).

Observando-se que o direito é criação e reflexo da sociedade, e vice-versa, a necessária integridade cria balizas aos juízes para identificação dos direitos e deveres legais, expressando coerência de justiça e equidade. As definições jurídicas só são legítimas se obtidas dos

“princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Para utilizar e aplicar a integridade, o autor criou a figura do Juiz Hércules “dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação; é um tipo ideal, metafórico, criado para demonstrar a tese da única resposta correta” (STRECK, 2008, p. 315).

Nesse sentido, a lei não é aquilo que o legislador deseja que seja, mas é resultado da integridade, considerando todo o caminho histórico traçado até o momento decisório. O método de Hércules não permite significados e interpretações estáticas, mas feitas “não só do texto da lei, mas também da sua vida”, assim os significados variam historicamente (DWORKIN, 2007, p. 416). Aqui talvez se encaixe a briosa frase do ilustre autor Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*: se quiseres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo (GADAMER, 2004).

7. HERMENÊUTICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Souza Cruz entende que o Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com decisões judiciais, mesmo que direitos fundamentais sejam violados. Essa atitude por parte das cortes constitucionais é adjetivada como postura “responsável”, ou seja, o Judiciário não “quebrou o Estado”, não fez a “inflação explodir”. Ao contrário, ele se coloca na posição de reparador dos erros do Executivo e do Legislativo. Contudo, não se questiona o fato de essa postura do Judiciário vir a cancelar implicitamente os abusos dos governantes. “Ele não percebe que sua postura intransigente em favor de um ativismo do judiciário pode levar a distorções. Com isso não se fala em punição de governantes irresponsáveis e tudo continua como antes.” (SOUZA CRUZ, 2006, p. 143 e ss).

Talvez um interessante perfil a ser adotado pelo Estado brasileiro, diante do embate entre Estado Liberal e Estado Social, seja a de um Estado transformador (STRECK, 2008, p. 143). O Poder Judiciário, nesse ínterim, superaria, em definitivo, os entendimentos expostos até aqui neste trabalho a fim de se guiar por interpretações conforme à Constituição, não atuando nem com ativismos nem com restrições, mas dentro de uma hermenêutica concisa.

Pode-se ilustrar, para melhor esclarecer, que não se espera filhos com dois pais ou duas mães (Judiciário criou tal hipótese), nem que direito, como à saúde, não seja garantido, mas, que neste caso, seja observado o caso concreto, a fim de dar uma resposta conforme a Constituição, sem o

necessário uso, como na teoria de Alexy, do sopesamento, que pode, dentro dessa técnica, mais precisamente na terceira fase de sopesamento, ocasionar discricionariedades indesejadas. No primeiro exemplo (filho com múltiplas filiações), a semântica não permite interpretações a esse alcance; no segundo exemplo (concretização de direito à saúde), o intérprete não pode ficar aquém da vontade constitucional de prover a saúde, pois há comandos legais e constitucionais no sentido da proteção desse direito (art. 196, da Constituição).

Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privativa que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederem. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado, o Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática (STRECK, 2008, p. 143)

Oras, mas no fim das contas, a jurisdição constitucional é responsável pela concretização dos direitos fundamentais? Sim, objetivamente todos os Poderes são legitimados para isso, e devem atuar à luz da Constituição. Há um caso emblemático que é trabalhado e congratulado por Souza Cruz e Streck. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado a decidir sobre um caso em que uma mãe solicitava o levantamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a fim de tratar um filho soropositivo. Na busca por uma resposta, não há previsão de levantamento do referido fundo para tal situação, pois existe um rol presente no art. 20, XI, da Lei nº 8.036/90. Dessa forma, numa visão legal, a resposta para o pedido haveria de ser negativa. Mas, quiçá a ausência de previsão legal para a hipótese do caso, o STJ fez uma leitura constitucional (e não meramente legal) e decidiu por conferir o pedido com base nos direitos fundamentais às saúde, vida e dignidade, estendendo essas garantias não só para a pessoa titular do FGTS, mas para seu filho também (STJ, REsp nº 249026/PR).

É perigosa a afirmação de que “o intérprete atribui sentido ao texto”, melhor seria a de que “o intérprete retira o sentido atribuído pelo texto”. Não se pode aceitar algo retirado do texto sem as devidas pré-compreensões atinentes ao texto, e nas palavras de Stein, citado por Streck, “o texto não é um lugar em que se produz a realidade objetiva; o texto não é uma coisa que espera que o compreendamos; o texto é o lugar produzido pela pré-compreensão” (STRECK, 2008, p. 215). O trabalho do juiz, afinal, é a adaptação da lei à vida prática.

Interessante a passagem de Lênio Streck acerca de sua proposta para a não discricionariiedade:

Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo, reafirma o mestre de Tübingen, é admitir verdades absolutas, problemáticas, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo (STRECK, 2008, p. 115).

O Estado Democrático de Direito não pode estar baseado na intersubjetividade. A interpretação do direito não cabe num sistema de respostas incertas e discricionárias. Comum a expressão “o tribunal X ‘entende’ de um jeito”, “o juiz Y ‘decide’ diferente do ‘entendimento’ de Z”. A hermenêutica filosófica, encontrada nas lições de Lênio Streck, busca uma resposta correta, nos termos também usado por Dworkin, não é a melhor nem a pior, mas é àquela adequada à Constituição.

Lênio Streck contribui para o profundo entendimento de como atua os subjetivismos ao afirmar que

(...) entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido de texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.

E continua

Deixo claro – e isto tenho feito também em outros trabalhos – que a distinção entre tempo e norma, embora deite raízes de Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (STRECK, 2008, p.286).

Entende-se dessa mensagem que o texto não está isolado da norma. Mas há algo além, o texto já vem carregado de pré-compreensão, ou seja, não se pode dizer o que se quer sobre o texto, pois há precedentes ao texto que devem ser respeitados, assim existe uma orientação pressuposta do texto que não pode ser negada, que, caso contrário, cai-se na vala da discricionariedade, possibilitando dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O cerne da hermenêutica (fenomenológica) trabalhada por Streck, que a buscou em Gadamer e Heidegger, é que o texto só existe “normado” (significado). Nas palavras de Castanheira Neves, “a norma dá sentido ao texto” (STRECK, 2008, p. 289).

Afirma Gadamer, acompanhado por Streck, que a hermenêutica é filosófica (e não metodológica). Isso tem como consequência, juridicamente falando, a superação de um sistema não apenas baseado em regras, “fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os princípios, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por Kelsen e Hart).” (STRECK, p.4).

A verdade passa a ter um sentido prático, há, assim, condutas corretas e incorretas, afirmações corretas e incorretas, e, em face da Constituição, interpretações corretas (constitucionais) e incorretas (inconstitucionais).

A fim de encontrar o equilíbrio no Estado Democrático de Direito, ou seja, a razão ótima entre democracia e constitucionalismo, em face do engrandecimento da jurisdição constitucional, necessário um controle das decisões judiciais para que o juiz não substitua o legislador.

Como já tratado neste trabalho, Robert Alexy propõe uma distinção estrutural entre as espécies de normas, regras e princípios, a qual tem grande aderência nacional. Em consequência dessa diferenciação, na colisão entre princípios de direitos fundamentais, em razão de seu caráter ampliativo e abstrato, a solução se dá pelo procedimento da ponderação. Por outro lado, as regras de direitos fundamentais, de caráter restrito e objetivo, são aplicadas pelo procedimento da subsunção.

Propõe-se, diferentemente, com base nas lições de Streck, que a norma não tenha esse caráter semântico de Alexy, mas que seja o produto da interpretação do texto, isto é, “produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Norma é produto da aplicação. Lênio Streck ensina que, opostamente ao sugerido pela hermenêutica e sua normatividade oriunda da aplicação do direito ao caso concreto, “para realizar essa distinção (entre regras e

princípios), o jusfilósofo (Alexy) afirma um conceito de norma que é a priori e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade.” (STRECK, 2008, 504).

Conclui-se do exposto acima que não há, nesse contexto contrário à Alexy e conectado à hermenêutica, conceito prévio de norma, nem anterior ao caso concreto. Assim, não existe um abismo entre texto e norma a ser preenchido pelo intérprete, pois a normatividade é retirada do caso concreto, é o que Lênio Streck afirma ser “a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios”, e não o contrário. Deve-se aclarar que não se trata de mera conjectura temporal, mas de uma exigência da hermenêutica que trata esses elementos como cíclicos e inter-relacionados.

(...) não há um conceito a priori de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, como componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: a norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico (STRECK, p. 505)

A distinção feita por Alexy traz alguns problemas no nível prático pela apreensão de resolver os casos concretos. Percebe-se, desde logo, que opostamente à solução buscada pela hermenêutica, a argumentação jurídica acredita em respostas prontas (regras com mandamento definitivo), porém se o caso se trata de um hard case busca solução a partir do caso concreto, hierarquizando aprioristicamente os princípios envolvidos.

Os princípios, em razão da distinção estrutural, ganham um poder olímpico no caso de não haver resposta definitiva no sistema, o que se observa com a tendência que existe na doutrina, jurisprudência e com o projeto de lei para incluir na Constituição o princípio da felicidade (se a questão é normatividade, qual a normatividade do princípio da felicidade?). Essa tendência é uma busca incessante de encontrar todas as respostas no sistema jurídico, o que se convém anotar como sistema autopoietico (LUHMANN, 2009), e, para tanto, a “criação” dos princípios é uma maneira simples, fácil, rápida e, aparentemente, aceitável para se decidir. Existe ainda outra mazela quando se percebe que os princípios, na teoria de Alexy, são aplicados por ponderação, realizada segundo o “convencimento do juiz”, ou seja, ponderação das vontades subjetivas. Deve se ter em definitivo: princípios não são valores.

Acrescenta-se a nota de que o Projeto-Lei do Novo Código de Processo Civil exclui o livre convencimento do juiz, por outro lado, contém dispositivo que permite a ponderação de normas (sic), no art. 489, §2º.

Interessante observar, já tratado do tema anteriormente neste trabalho, que a diferenciação primeira entre regra e princípio dada por Alexy é a semântica, a fim de resolver a dogmática dos direitos fundamentais, eis que essa diferença se constitui da amplitude do dever-ser, ou seja, se o alcance (descritivo) da norma é restrito, trata-se de regra; já no caso de dever-ser ampliativo, trata-se de princípio.

Em interessante análise, contudo, infinitamente mais profunda do que aquela tentada neste trabalho, Lênio Streck, citando Friedrich Müller, afirma que “é necessário dar razão a Müller, quando entende superada a discussão entre ser e dever-ser no âmbito da ciência jurídica, a partir do momento em que se tomou consciência de que o problema é a concretização da norma e não da aplicação do texto da norma” (STRECK, 2008, p.517).

Lênio Streck tem contribuição importante ao tema anunciado. Para ele, o sentido da afirmação que princípios são normas, entende-se que

Os princípios possuem força normativa. Como todo princípio encontra sua realização em uma regra, é possível dizer que há uma espécie de sentido eficaz em um princípio. Desse modo, um possível “catálogo de princípio” seria em verdade reduzidíssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudo-problemas não são princípio porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só são concretamente – vale dizer, na applicatio – é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito. Se é certo que os princípios são a história institucional do direito, eles não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo; eles não podem ser “criados” a partir de graus zeros de sentido (STRECK, 2008, p. 537).

A força normativa dos princípios não é encarada como a leitura textual do enunciado (como propõe Alexy). Ou seja, a normatividade do princípio não é retirada da interpretação de um texto. O caráter de princípio não está na grafia, assim não basta chamar de “princípio”. A igualdade não é princípio porque o art. 5º, I, CF, diz que é. Antes disso foi desejado um Estado Democrático de Direito, do qual igualdade é pressuposto fundante. E aí está o princípio, “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim assumida” (STRECK, 2008, p. 537). Por serem os princípios instituidores, fundadores e estruturantes do sistema, as regras derivam desses princípios.

A hermenêutica fenomenológica tem a pretensão, juntamente com as preleções da teoria integrativa de Dworkin, no contexto do pós-positivismo, de proteger o sistema jurídico das

interpretações que desvalidam substancialmente a normatividade constitucional. Isso quer dizer, a fenomenologia aplicada à hermenêutica almeja “substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.” (STRECK, 2008, p. 544).

8. CONCLUSÃO

A superação do modelo de regras leva ao ingresso dos princípios no ordenamento. Ocorre que o constitucionalismo compromissório (aquele que define programas e ideais a serem cumpridos, de cunho social), com a implantação de programas sociais a serem cumpridos, fazem com que a teoria das fontes mude juntamente, já que regras e princípios trazem diferenças substanciais, superando, assim, o modelo de regras e, conseqüentemente, o modelo de subsunção.

A introdução do mundo fático ao direito se deve a necessária análise do caso concreto para daí se buscar uma resposta no direito, sem que se pressuponha uma resposta pronta. Existe um componente integrador capital que une todos os elementos expostos nessa mudança paradigmática do neoconstitucionalismo: a mudança do caráter de Estado. O Estado não é mais apenas definidor de deveres e/ou promovedor de direitos, mas agente transformador da realidade. O Estado Democrático de Direito, por meio da jurisdição constitucional, se torna o protetor dos direitos fundamentais.

Não existe a possibilidade real de concordar texto e norma (sentido do texto). A cognição não permite abranger todas as hipóteses de aplicação dos textos. A melhor explicação é: não há como retirar do texto todas as normas. A solução proposta, a fim de impedir discricionariedades, é a busca por uma resposta correta, que é aquela adequada à Constituição.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 17/02/2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

LUHMANN, N. Introdução à Teoria dos Sistemas [trad. Ana Cristina Arantes Nasser]. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009

SANTOS, Wanderley Guilherme. As razões da desordem. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SOUZA CRUZ, Álvaro. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO: O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO LIVRO ELETRÔNICO

Carlos Renato Cunha

Procurador do Município de Londrina, lotado no Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho - SAMJT. Doutorando e Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela Universidade Federal do Paraná –UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários -IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina -UEL. Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito. Advogado

Luciana Lizotti Cilião

Graduada em Direito pela Faculdade Catuaí.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Natureza jurídica das imunidades tributárias. 3 A imunidade de livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão. 3.1 Valores protegidos. 4 Imunidade tributária do livro eletrônico. 4.1 Doutrina desfavorável à extensão da imunidade ao livro eletrônico. 4.2 Doutrina favorável à extensão da imunidade ao livro eletrônico. 4.3 Jurisprudência. 4.4 Proposta de emenda à Constituição nº 150/2012. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: A imunidade tributária de livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão é assunto que atualmente se perfaz em ambiente controvertido para os doutrinadores no Brasil. Considerando o grande e rápido desenvolvimento tecnológico experimentado pelo país, os livros, jornais e periódicos, outrora encontrados predominantemente sob a forma impressa, passaram a ser disponíveis, cada vez em maior número, sob a forma eletrônica. Neste contexto iniciou-se uma discussão sobre a possibilidade de a norma imunizante, embrionária na Constituição de 1946 e reafirmada na Constituição de 1988, poder albergar produtos desenvolvidos a partir da nova tecnologia. Neste cenário, há quem defenda a possibilidade da abrangência considerando que a essência de livro consiste em difundir a cultura e garantir a liberdade de expressão, objetivos alcançados igualmente tanto pelo livro impresso quanto pelo livro eletrônico. Em contrapartida há aqueles que asseveram que o legislador constituinte restringiu a imunidade aos livros impressos e assim não aceitam a abrangência da norma aos livros eletrônicos, por considerarem uma dilatação da vontade do legislador. Este trabalho tem como objetivo fazer um levantamento bibliográfico que apresente e confronte as opiniões divergentes para que ao final seja possível se filiar a uma das correntes doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Imunidade Tributária. Livro Eletrônico.

ABSTRACT: The tax immunity of books, newspapers and periodicals and the paper intended for printing these materials is a topic that currently makes up in controversial environment for scholars in Brazil. Considering the high and fast technological development experienced by the country, books, newspapers and periodicals once found predominantly in printed form became available, in

increasing numbers, in electronic form. In this context, a discussion was initialized about the possibility of immunizing law, embryonic in the Constitution of 1946 and reaffirmed in the 1988 Constitution, reach products developed by the new technology. In this scenario are the ones who advocate for the possibility of this scope, considering that the essence of the book is to spread the culture and ensure freedom of expression, goals equally achieved by both printed book as well as electronic one. On the other hand there are those who assert that the constitutional legislator restricted immunity to printed books and so do not accept the scope of the rule, to electronic books, by considering an extension of the legislator's wish. This paper aims to review the literature to present and confront the divergent opinions and in the end to analyze the possibility to join one of the doctrinal segments.

KEYWORDS: Electronic book. Tax immunity. Tax law.

I INTRODUÇÃO

A norma imunizante expressa no artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil, que veda a instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão¹, tem, nos últimos anos, protagonizado discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial em decorrência do desenvolvimento tecnológico que trouxe a possibilidade da produção de livros, jornais e periódicos, outrora realizada, predominantemente, com o emprego do suporte físico papel, passar a ser realizada, cada vez em maior número, em meio eletrônico.

Neste contexto a doutrina pronunciou-se de forma divergente a respeito da possibilidade ou não de a norma imunizante albergar os novos meios de difusão cultural, científica, artística e de informação sendo que a corrente majoritária coloca-se favorável à extensão, entendendo que o objetivo do legislador, foi salvaguardar, do possível controle feito através da carga tributária, livros, jornais e periódicos, por entender que estes são essenciais para que ocorra a livre manifestação de pensamento, liberdade de expressão e transmissão de cultura. Nesta linha de raciocínio independe o meio físico empregado, pois a essência é que deve ser objeto de proteção.

Em sentido oposto, há doutrinadores que interpretarem a expressão “papel destinado à sua impressão” como restrição aos livros que são produzidos por meio da tecnologia desenvolvida por Gutemberg, embasando a argumentação no fato de que, no momento da elaboração da norma, já existiam livros produzidos em meios diversos ao impresso, e que mesmo sendo sugerida ao legislador a redação de um texto mais amplo este foi preterido em favor de um texto mais restritivo.

É indiscutível que os produtos de informática desenvolveram-se de forma acelerada, sofrendo considerável redução de custos e popularização. Soma-se a isso o fato de cada dia

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ser maior o número de obras literárias, jornais e periódicos disponíveis em meio eletrônico. Dessa forma, fazendo uma projeção para os próximos anos, é certo que os meios eletrônicos estarão cada vez mais difundidos e não poderá, sobre eles, pairar insegurança jurídica decorrente de divergência interpretativa da norma.

Enfim, frente a não pacificação do assunto, faz-se necessário discussões para que se busque o mais adequado entendimento a respeito da interpretação a ser dada à norma posta.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

A imunidade tributária definida por intermédio da Constituição Federal é instituto tipicamente brasileiro.²

Quando se objetiva esclarecer a natureza jurídica das imunidades tributárias há necessidade de se percorrer caminhos diversos visto que, conforme esclarece Regina Helena Costa, o conceito de imunidades tributárias ainda não é unânime, na medida em que apresenta divergências doutrinárias quanto aos seus contornos.³

Misabel Abreu Machado Derzi classifica a imunidade tributária como limitação constitucional ao poder de tributar vez que ela delimita o campo de incidência sobre o qual há competência tributária.⁴ Na mesma linha de raciocínio, Hugo de Brito Machado analisa que a Constituição estabelece o campo dentro do qual pode o legislador definir a hipótese de incidência da regra de tributação ao mesmo tempo em que faz ressalva a algumas situações, retirando-as das possibilidades de hipóteses de incidência da regra de tributação tornando-as imunes.⁵ O mesmo entendimento é compartilhado por Luciano Amaro que assevera que a imunidade visa à preservação de valores que a Constituição Federal reputa relevantes.⁶

Regina Helena Costa posiciona-se de forma divergente. Para ela a limitação constitucional ao poder de tributar consiste em efeito da norma e não em atributo particular da imunidade, sendo, portanto, tal característica, incapaz de fazer a distinção entre imunidades e outras categorias jurídicas,⁷ posto que todas as regras e princípios relativos à competência tributária também podem ser classificados como limitações constitucionais ao poder de tributar, portanto, a natureza da

² COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

³ *Ibidem.*, p. 32.

⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14-16.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 286.

⁶ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174-176.

⁷ COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 2.ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 33-36.

imunidade tributária é definida como norma constitucional que ao mesmo tempo impede a atribuição de competência tributária e cria, para certas pessoas, o direito de não serem sujeitadas à tributação.⁸ Entendimento consonante ao de Paulo de Barros Carvalho que define imunidade como classe limitada de normas contidas na Constituição Federal, que expressam a incompetência de legisladores infraconstitucionais para a emissão de regras jurídicas, instituidoras de tributos, sobre situações específicas e suficientemente caracterizadas.⁹

Sacha Calmon Navarro Coêlho entende a imunidade tributária como não incidência constitucionalmente qualificada por considerar que ela proíbe o legislador de exercer sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações seguindo expressa determinação constitucional.¹⁰

Entendimento contrário é defendido por Bernardo Ribeiro de Moraes que traduz a imunidade como princípio constitucional de vedação impositiva em relação a determinadas pessoas, bens, coisas ou situações.¹¹ Tal conceito é criticado por Misabel Abreu Machado Derzi que argumenta que embora princípios e imunidades produzam efeitos similares há de se cuidar para que os mesmos, não sejam confundidos à medida que, aqueles são critérios de validade formal ou material da criação da norma jurídica, enquanto essas são delimitadoras de competência,¹² corroborando com tal definição, Regina Helena Costa elucida que enquanto princípios são diretrizes positivas que norteiam o exercício da competência, as imunidades são preceitos negativos que delimitam a competência tributária, impedindo seu exercício em algumas situações.¹³

Ricardo Lobo Torres tem posicionamento divergente acerca da natureza jurídica da imunidade tributária e a define como limitação absoluta do poder de tributar em prol dos direitos e das liberdades preexistentes no momento da elaboração da Constituição Federal. Dessa forma, nega a imunidade como uma manifestação da soberania do Estado, como outorga constitucional, como autolimitação do poder fiscal ou como garantia principiológica, pois os direitos humanos são inalienáveis, imprescritíveis e intributáveis.¹⁴

⁸ *Ibidem.*, p. 51-52.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236-238.

¹⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 12.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 135.

¹¹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 107.

¹² BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15.

¹³ COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 2.ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 36.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. 3.ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 3, 2005, p. 59.

3 A IMUNIDADE DE LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO

A imunidade objeto deste estudo somente foi inserida no Texto Constitucional em 1946, com o intuito de ir contra as medidas restritivas de liberdade de expressão impostas pelo Estado Novo, que prejudicavam a liberdade de imprensa em razão das elevadas alíquotas do imposto de importação sobre o papel, que inviabilizava a comercialização e dificultava a dissipação de informação.¹⁵ No entendimento de Aliomar Baleeiro esta imunidade era necessária, considerando que em 1946 “estava muito recente a ditadura de Vargas, que tinha posto colete de ferro na imprensa” conseguindo, por meio do papel, uma imprensa passiva, dócil e acomodada, que só dizia o que ele queria.¹⁶

Logo, com a finalidade de estimular atividades editoriais que contribuem para o desenvolvimento cultural, a Constituição de 1946 trouxe em seu bojo, por proposta do deputado Jorge Amado, que sentiu na pele a censura getulista¹⁷, a imunidade relativa aos impostos que recaíam, exclusivamente, sobre o papel que era destinado à impressão de jornais, periódicos e livros.

Com a Emenda Constitucional número 18, do ano de 1965, houve a reforma do sistema tributário, porém, o artigo 31 da Constituição de 1946, que versava sobre a referida imunidade, fora repetido *ipsis litteris*.¹⁸

A Constituição de 1967 ampliou a abrangência de tal dispositivo, que deixou de imunizar apenas o papel e passou a atingir, mais objetivamente, o livro, o jornal e o periódico.¹⁹

A Emenda Constitucional número 1, do ano de 1969, reformou o Texto Constitucional, realizando pequenas modificações nos termos empregados, mas mantendo inalterada

¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira; GARCIA, Vanessa Nobell. Tributação e imunidade dos chamados “livros eletrônicos”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86.

¹⁶ BALEEIRO, Aliomar apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 134.

¹⁷ CARRAZA, Roque Antonio. Livro eletrônico – imunidade tributária – exegese do art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 269.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1946). **Emenda constitucional n. 18, de 1 de dezembro 1965**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc1865.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

¹⁹ Idem. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

a essência acerca da imunidade em comento.²⁰ O mesmo aconteceu com a Constituição de 1988 que não trouxe qualquer modificação ao âmago da imunidade.²¹

3.1 Valores Protegidos

Para Aliomar Baleeiro a norma imunizante em questão tem como objetivo estimular a cultura, através dos livros, periódicos e jornais e garantir a liberdade de manifestação de pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária.²²

Seguindo o mesmo entendimento Ives Gandra da Silva Martins defende que a imunidade em pauta visa garantir valores, como a liberdade de expressão, a informação e formação cultural, além daqueles que são essenciais a uma nação democrática, com a imprensa exercendo papel de controladora daqueles que detêm o poder.²³ Explica o doutrinador, que tal imunidade tem como intuito impedir que governantes vocacionados ao totalitarismo, detentores do poder de tributar, venham a cercear a livre manifestação de pensamento, a liberdade de expressão, a propagação de informação e a exteriorização da cultura, por meio de imposições de cargas tributárias que inviabilizem o exercício da cidadania.²⁴ Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo salientam que caso os livros, jornais e periódicos não fossem imunes à tributação, poderia haver um direcionamento do consumo dos contribuintes em relação aos vetores de cultura e pensamento, realizado por meio da instituição de tributos, ao bel prazer dos governantes.²⁵

A definição do fundamento da imunidade relacionada à liberdade de expressão, adotada pela maioria da doutrina, é refutada por Ricardo Lobo Torres. Explica, o autor, que no ano de 1946, quando foi instituída a imunidade sobre livros, jornais e periódicos e o papel destinado à impressão desses materiais, poderia alegar-se relação com a liberdade de imprensa, considerando as medidas arbitrárias adotadas pelo Estado Novo, porém, salienta que, com a vigência da democracia,

²⁰ Idem. Constituição (1967). **Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

²¹ Idem. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

²² BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 339.

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias. In: _____. (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 36.

²⁴ Idem. Imunidades tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 126.

²⁵ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 3, n. 5, p. 111-135, 2005.. Disponível em** <http://faculdadechristus.com.br/downloads/opiniao_juridica/revista_opiniao_juridica_05_edt.pdf#page=112>. Acesso em: 23 out. 2013. p. 120.

cessaram-se os riscos de que a cobrança de impostos, desde que não discriminatória, venha a intervir na expressão política ou cultural. Fundamentando este raciocínio cita o direito comparado e diz que os Estados Unidos permitem a cobrança de impostos sobre os jornais e os livros ao mesmo tempo em que mantêm a liberdade de expressão. Assim defende que o fundamento da imunidade é a justiça fiscal, no que se relaciona com a utilidade social, e necessidade de baratear os custos dos livros e publicações, fato este necessário em um país onde é grande o analfabetismo. Acrescenta ainda que a imunidade que recai sobre os jornais trata-se de privilégio odioso, considerando que eles devem ser mantidos pelos seus leitores e anunciantes, sem o apoio estatal permanente.²⁶

4 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO

Hoje a definição de livro não coincide integralmente com aquela elaborada há tempos atrás, mas, como já salientou o Juiz Holmes, da Suprema Corte Americana, o conceito de uma palavra deve ser definido tendo em vista o momento em que ela é utilizada, conforme expressa:

Uma palavra não é um cristal transparente e imutável; ela é a pele de um pensamento vivo e pode variar intensamente em cor e conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que é usada.²⁷

Roque Antonio Carrazza ao discorrer sobre o livro assevera que este passou por processos evolutivos, assumindo diversos suportes físicos. Segundo ele deixou-se para trás períodos históricos em que a cultura era difundida apenas por livros de papel e convive-se, atualmente, com os sucessores desses livros, que virão a substituí-los totalmente, tal como o CD-ROM que contém em seu interior o conteúdo do livro tradicional, embora com ele não se pareça.²⁸

Edvaldo Brito define livro como veículo utilizado para a comunicação de ideias, conhecimentos, informações e pensamentos não importando o processo tecnológico empregado para o seu desenvolvimento.²⁹

A respeito do tema, Aliomar Baleeiro desenvolveu o conceito de livro, que vem sendo aceito e adotado por grande parte da doutrina, nos termos:

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado do direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. 3.ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 297-299.

²⁷ HOLMES apud LOBO, Maria Tereza de Cárcamo. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 99.

²⁸ CARRAZZA, Roque Antonio apud MELO, José Eduardo Soares de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 365.

²⁹ BRITO, Edvaldo apud MACHADO, Hugo de Brito. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83.

Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitam aquelas ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos Braille destinados a cegos.

A Constituição não distingue nem pode o intérprete distinguir os processos tecnológicos da elaboração dos livros, jornais e periódicos, embora os vincule ao papel como elemento material de seu fabrico. Isso exclui, parece-nos, os outros processos de comunicação do pensamento, como a radiodifusão, a televisão, os aparelhos de ampliação de som, a cinematografia etc., que não têm por veículo o papel.³⁰

Ricardo Mariz de Oliveira diz que o conceito físico de livro mudou, mas a sua característica de transmitir ideias fora mantida, portanto, o Texto Constitucional não precisa sofrer qualquer alteração, porque o que mudou foi a abrangência da palavra livro, que passou a englobar outros suportes físicos.³¹

Neste contexto, de livros produzidos em formatos digitais, surgiu a necessidade do emprego de aparelhos eletrônicos capazes de decodificar os arquivos e tornar possível a leitura. Oswaldo Othons de Pontes Saraiva entende os *e-book readers* como aparelhos eletrônicos que são utilizados para a leitura dos arquivos de livros ou periódicos digitais, não podendo estes ser confundidos com os próprios livros e periódicos que são os reais objetos abarcados pelo preceito da imunidade constitucional.³²

A jurisprudência diverge a respeito da extensão da imunidade ao equipamento eletrônico utilizado para leitura. Especificamente em relação à imunidade tributária do *kindle*, que é equipamento de leitura exclusivo para que se possa decodificar, e assim ler o arquivo que contém o livro eletrônico, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Dias Toffoli, reconheceu tratar-se de tema de repercussão geral.³³

³⁰ BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 354.

³¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O sentido e o alcance da imunidade constitucional para o livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 251.

³² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão. **Revista do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília, Brasília, v.7, n. 1, p. 92-149, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/4057/2693>>**. Acesso em: 23 out. 2013. p. 130.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 749448, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12 de junho de 2013, DJe-114, Divulgado em 14/06/2013, Publicado em 17/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000265641&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 set. 2014.

4.1 Doutrina Desfavorável à Extensão da Imunidade ao Livro Eletrônico

Aqueles que se filiam à corrente de interpretação restritiva valoram a literalidade da norma, logo defendem a restrição da imunidade àquilo que está compreendido na expressão “papel destinado a sua impressão”, não aceitando a abrangência que venha a acobertar meios eletrônicos.

Ricardo Lobo Torres entende que a imunidade presente no artigo 150, inciso VI, alínea “d” da Constituição Federal, protege apenas livros e jornais impressos em papel, não se projetando da cultura tipográfica para a cultura eletrônica.³⁴ Alega que, quando promulgada a Constituição de 1988, o legislador não elencou a mídia eletrônica no rol de imunidades, apesar de que esta já estava suficientemente desenvolvida, e se não especificou é porque preferiu restringir a imunidade aos produtos impressos em papel. Por conseguinte conclui que não se deve banalizar o conceito de imunidade pelo emprego de uma analogia ingênua, entre a cultura tipográfica e a cultura eletrônica, comprometendo o futuro da fiscalidade, por aceitar a possibilidade de extrapolação da vedação constitucional para os produtos da cultura eletrônica e assim impedir a incidência tributária sobre estes produtos.³⁵

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho também entende que houve vinculação dos livros, jornais e periódicos ao papel, sendo apenas os materiais impressos passíveis de serem incluídos na imunidade, excluindo, portanto, todos os processos de comunicação do pensamento que não utilizem o papel como suporte físico.³⁶ Em sua concepção os livros e periódicos eletrônicos diferem bastante daqueles impressos em papel, pois podem conter não apenas a linguagem escrita como também imagens, movimentos e sonorização, permitindo cópias e colagens automáticas para outro documento. Sob este aspecto sustenta o autor que o verdadeiro livro, protegido pela imunidade, basta por si mesmo, enquanto o livro eletrônico necessita de equipamentos para que possa ser lido.³⁷

Fundamentando sua opinião, o citado jurista, aponta os seguintes argumentos: os veículos de comunicação disponíveis em modo impresso já cumprem a função de garantir a liberdade de expressão e de informação; no direito comparado não há previsão para imunidade de livros, jornais e periódicos tipografados, tampouco para aqueles produzidos em meio eletrônico; materiais eletrônicos não atendem com a mesma eficiência os objetivos constitucionais por serem, em regra, consumidos por menor número de pessoas; livros, jornais e periódicos eletrônicos transitam

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 184.

³⁵ Idem. Imunidade tributária nos produtos de informática. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 236-238

³⁶ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 339.

³⁷ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A imunidade tributária do livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 194.

livremente pelas redes de computadores, através da internet, sem sofrerem qualquer intervenção estatal; não se deve comprometer o futuro da fiscalidade imunizando uma revolução tecnológica ainda incompleta; o constituinte deixou o assunto para ser tratado posteriormente por meio de emenda constitucional³⁸ e mesmo com todas as isenções dadas pelo Governo Federal para os arquivos e *software* com conteúdo de livros, os aparelhos eletrônicos necessários à leitura continuam caros e assim, apenas pessoas com maior poder econômico podem usufruir dos livros eletrônicos, considerando todos os equipamentos necessários à sua leitura, neste cenário não se deve estender a imunidade aos meios eletrônicos de leitura em obediência ao princípio da capacidade contributiva.³⁹

Valdir de Oliveira Rocha compartilha do mesmo entendimento afirmando que a expressão “papel destinado à sua impressão” restringiu livros, jornais e periódicos imunizados à modalidade impressa, que utiliza o papel como suporte físico e desta forma não se pode alargar a imunidade ao livro eletrônico.⁴⁰

Eurico Marcos Dinis de Santi considera que o vocábulo livro, assim como qualquer termo linguístico, é vago. Dessa forma explica que o livro de papel, impresso, encadernado e com capa, é figura central e indiscutivelmente caracterizado como livro, enquanto ao seu redor existe uma área nebulosa com objetos que suscitam dúvida quanto à possibilidade de serem definidos, também, como livros. Neste cenário o autor coloca o CD-ROM como totalmente avesso a possibilidade de se enquadrar na definição de livro, vez que a palavra livro é vaga, mas nem tanto. Para ele, entre o livro impresso e o livro eletrônico apenas há coincidência quanto ao conteúdo e possuir conteúdo de livro não significa ser livro. Em defesa à sua opinião o autor argumenta que a forma empregada para a leitura do livro caracteriza-se como essencial para a definição do conceito de livro e assim da abrangência que se pode atribuir à norma imunizante. Saliencia que o interpretante do livro é imediatamente um humano, enquanto que o CD-ROM exige um interpretante mediato, o computador, e por isso não representa, diretamente, um suporte físico de informação para os humanos que não têm a capacidade para a leitura de CD-ROMs.⁴¹

Helena Taveira Tôres e Vanessa Nobell Garcia entendem que a interpretação extensiva deve ser aplicada com bastante razoabilidade, sem pretender abarcar no preceito

³⁸ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A imunidade tributária do livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 200-201.

³⁹ Idem. Imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão. **Revista do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília, Brasília, v.7, n. 1, p. 92-149, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/4057/2693>>**. Acesso em: 23 out. 2013. p. 123-124.

⁴⁰ ROCHA, Valdir de Oliveira. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 316-317.

⁴¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Imunidade tributária como limite objetivo e as diferenças entre “livro” e “livro eletrônico”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 57-58

imunizante, toda e qualquer forma de acesso, uso e gozo da liberdade de informar e de ser informado. Dessa forma defendem que a imunidade deve restringir-se aos livros, jornais e periódicos e ao papel destinado à sua impressão por considerarem que esta, já é capaz de satisfazer o objetivo e garantir o valor desejado pelo Constituinte, e que todo o aperfeiçoamento técnico está caracterizado como exploração de bens de consumo, logo, a tributação do livro eletrônico não se opõe aos preceitos constitucionais de difusão de informação e cultura. Argumentam ainda que a época da elaboração do texto constitucional os meios eletrônicos de comunicação já existiam e acenavam com seus progressos, e caso o legislador pretendesse estender a imunidade, a essa nova tecnologia, teria feito de maneira expressa.⁴²

No entendimento de Bernardo Ribeiro de Moraes o livro consiste em “edição comercial de obra literária, científica, artística, musical, técnica ou pedagógica, gravada ou impressa em reunião de folhas em cadernos, destinada a leitura” e assim não se enquadram no conceito de livro, para serem albergadas pela imunidade, aquilo que não serve para leitura como encadernações que contenham apenas folhas em branco ou apenas folhas pautadas ou riscadas para escrituração ou anotação, por considerar que a impressão para leitura é elemento fundamental para o conceito de livro, para efeitos de imunidade tributária. À vista disso, expõe que os suportes papel e escrita são fundamentais e que embora outros instrumentos, desenvolvidos em suporte físicos diversos, possam apresentar o mesmo conteúdo e servirem à mesma finalidade não poderão ser definidos como livros, portanto não serão albergados pela imunidade em comento, pois não se pode incluir ao Texto Constitucional aquilo que o constituinte não desejou que ali figurasse, e o meio eletrônico, embora já presente a época, não foi contemplado, sendo rejeitado quando proposto pelo professor Ives Gandra da Silva Martins.⁴³

4.2 Doutrina Favorável à Extensão da Imunidade ao Livro Eletrônico

A corrente doutrinária dominante considera que a norma imunizante deve ser interpretada extensivamente.⁴⁴

Felippe Daudt de Oliveira entende que no passado a discussão, objeto deste

⁴² TÔRRES, Heleno Taveira; GARCIA, Vanessa Nobell. Tributação e imunidade dos chamados “livros eletrônicos”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90-91.

⁴³ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 137-138.

⁴⁴ TÔRRES, Heleno Taveira; GARCIA, Vanessa Nobell. Tributação e imunidade dos chamados “livros eletrônicos”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

trabalho, não faria sentido, considerando que os livros possuíam características exteriores sempre parecidas e a essência de ensinar ou instruir. Porém, atualmente, o livro definido por sua essência já não exige as mesmas características físicas de outrora, foram modernizados pela tecnologia, o que trouxe dúvidas quanto ao correto modo de interpretar o Texto Constitucional, podendo este ser entendido na sua acepção técnica ou em seu sentido comum, no seu sentido etimológico ou no atual, considerando que muito dificilmente pode o legislador exteriorizar o seu pensamento completo na redação que dá a lei. Sustenta ainda, que a Constituição Federal assegura a livre manifestação de pensamento, de expressão, de atividade intelectual, artística e científica e a livre comunicação, além da liberdade de aprender, ensinar e pesquisar, expressando ideias sob qualquer forma, processo ou veículo. Com base neste entendimento, expressa que para serem garantidos todos estes direitos se faz necessária uma interpretação abrangente da palavra livro, uma vez que o mais importante para definir uma coisa é o seu caráter essencial independente do nome, suporte ou formado apresentado. Como exemplo cita o jornal que não é definido pela impressão de notícias em papel, mas sim pelas notícias divulgadas diariamente, independente do suporte utilizado.⁴⁵

Ives Gandra da Silva Martins entende que a imunidade sobre livros, jornais e periódicos tem a finalidade de defender os direitos de expressão, informação e cultura, além de proteger os valores de uma nação democrática contra possíveis violências pecuniárias que possam inviabilizar o exercício dos direitos supramencionados. Dessa forma, o autor defende que enquanto a evolução tecnológica modifica os meios de informação e formação a imunidade protetiva deve ser alargada para abranger também as novas formas de comunicação.⁴⁶

Neste sentido, rebate a fundamentação daqueles que são desfavoráveis a abrangência da imunidade tributária aos livros produzidos em meio eletrônico e que, para tanto, fazem uso do argumento de que a proposta de uma redação mais ampla, incorporando a imunidade de técnicas audiovisuais, ao dispositivo imunizante, feita pelo próprio Ives Gandra da Siva Martins, fora rejeitada pelos constituintes. Esclarece que tal proposta foi, por ele apresentada após a aprovação do projeto do texto que versava sobre as imunidades, quando o plenário já tinha como objeto de discussão outro assunto.⁴⁷ Sendo, portanto, mantida, a redação anteriormente aprovada, e suficiente para o Brasil do pós-guerra, porém absolutamente insuficiente para o Brasil de hoje.⁴⁸

No entendimento de Marco Aurelio Greco a interpretação do Texto Constitucional

⁴⁵ OLIVEIRA, Felipe Daudt de. O sentido da palavra livro no art. 150 da Constituição Federal – proteção de uma essência e não de um nome. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 69-78.

⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias. In: _____. (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37.

⁴⁷ Idem. Imunidades tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 127.

⁴⁸ Idem. Imunidades tributárias. In: _____. (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 38.

deve ser feita considerando o mundo atual. Explica, que há alguns milênios a cultura social se estruturava a partir de átomos e assim as normas eram formuladas sempre considerando aquilo que por eles era constituído, ou seja, aquilo que era palpável. Ocorre que na civilização contemporânea, o átomo perdeu espaço para o conceito de *bit*, momento em que a mensagem se desatrelou da estrutura física e passou a ter vida própria, gerando assim, bens considerados “virtuais”. A mudança legislativa não consegue acompanhar com a mesma velocidade as mudanças sociais e tecnológicas. Neste cenário se faz necessária a correta interpretação da norma adequando-a ao espaço e tempo em que se vive.⁴⁹

Acrescenta ainda que o fato de a proposta de se incluir no texto constitucional imunizante, livros produzidos em outros suportes físicos, senão o papel, ter sido rejeitada, pode significar que o legislador entendeu que esta se tratava de redundância, logo, para ele, este não é argumento decisivo para que se negue a abrangência das imunidade ao livro eletrônico.⁵⁰

José Augusto Delgado entende que hoje não se pode definir como livro apenas o editado em papel, e que no momento da elaboração da Constituição de 1988 já se encontrava presente a realidade da informática, com transmissão de ideias realizadas por vias eletrônicas, e que não foi vontade do legislador restringir a imunidade somente a livros impressos, pois não houve qualquer restrição a este respeito. Para ele o conceito de livro presente na Constituição não está vinculado a sua forma de apresentação ao público, devendo, portanto, o livro, ser considerado como elemento condutor de cultura, de informação e de transmissão do saber. Dessa forma, na visão de José Augusto Delgado não se pode aplicar interpretação restritiva quando o texto constitucional não impõe qualquer limitação, caso isso fosse feito estaríamos diante de uma limitação dos direitos e garantias individuais.⁵¹

Diva Malerbi defende que é indiferente o processo tecnológico que impulsiona a publicação dos livros, jornais e periódicos, uma vez que quando entendida em sentido finalístico, a norma constitucional demonstra que as expressões empregadas significam veículos pelos quais as pessoas comunicam ideias, informações e expressam seu direito à livre manifestação de pensamento.⁵² Sendo assim, é correto o entendimento de se estender a imunidade aos livros produzidos em meio eletrônico.

Da mesma forma Yoshiaki Ichihara entende que a identificação do livro não deve ser feita pelo seu formato, mas sim pelo seu conteúdo e finalidade, como veículo destinado à expressão

⁴⁹ GRECO, Marco Aurelio. Imunidade tributária do livro eletrônico. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

⁵⁰ GRECO, Marco Aurelio. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 716.

⁵¹ DELGADO, José Augusto. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 57-59

⁵² MALERBI, Diva. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 71-72

e comunicação intelectual, artística, científica, cultural e técnica, portanto defende a abrangência da imunidade considerando que uma interpretação literal consiste em estar vedado frente a realidade e ao futuro considerando que os livros eletrônicos superam os tradicionais livros impressos.⁵³

O mesmo entendimento é compartilhado por José Artur Lima Gonçalves que critica a proteção do livro que é feita fundamentada em suas características físicas em detrimento de seu conteúdo. Tal fato é considerado por ele “inominável sandice, reveladora da incapacidade de perceber a diferença entre mensagem e veículo, entre fim e meio, entre a coerência interna de sentido do sistema constitucional e arbítrio”.⁵⁴

Corroborando com os doutrinadores supracitados, Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo entendem que o livro eletrônico consiste no livro de papel evoluído, mas isso não altera em nada sua essência, permanecem como livros e, portanto, excluí-los da imunidade seria fazer uma distinção onde o legislador não a fez, o que é condenável.⁵⁵

Na mesma linha de raciocínio, Luciano Amaro salienta que a imunidade não visa ao material empregado na confecção do livro, mas sim ao conteúdo deste. Entende o autor que a imunidade recai sobre a obra literária, científica, artística e sobre a informação, independente da estrutura física que a contenha.⁵⁶ Johnson Barbosa Nogueira complementa este raciocínio dizendo que restringir um livro, em razão do processo tecnológico empregado e do seu suporte físico, é tão perigoso como discriminar o livro em face ao seu conteúdo, para efeito de excluir sua condição de imune ao tributo.⁵⁷ Na mesma esteira de raciocínio, Hugo de Brito Machado defende a abrangência da imunidade aos livros produzidos em meio eletrônico por entender que admitir a cobrança de tributo sobre instrumentos de comunicação de ideias e de expressão de pensamento é o mesmo que abrir caminho ao Estado autoritário, admitindo a censura.⁵⁸

Moisés Akselrad também entende que a imunidade é abrangente e explica que não há regime democrático, como o que a Constituição expressamente adota, se não houver livres debates e ampla informação sobre todos os interesses a respeito dos negócios da coletividade. Dessa forma, por

⁵³ YOSHIKI, Ichihara. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 326-327

⁵⁴ GONÇALVES, José Artur Lima. A imunidade tributária do livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 153.

⁵⁵ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 3, n. 5, p. 111-135, 2005.1. Disponível em <http://faculdadechristus.com.br/downloads/opinioao_juridica/revista_opinioao_juridica_05_edt.pdf#page=112>**. Acesso em: 23 out. 2013. p. 117.

⁵⁶ AMARO, Luciano. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 146.

⁵⁷ NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A imunidade tributária do livro eletrônico. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 137.

⁵⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 84-85.

considerar que os livros, jornais e periódicos são os veículos universais da propagação de ideias e melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da comunidade, defende que todos estão abrigados pela imunidade, pouco importando o processo tecnológico utilizado, a forma de apresentação e o material empregado para sua veiculação, em decorrência de serem as ideias responsáveis por condicionar a imunidade e não o suporte empregado.⁵⁹

Também adepto a esta linha de raciocínio, Celso Ribeiro Bastos assevera que a intenção do legislador ao instituir a imunidade tributária em comento foi proteger os veículos de divulgação de informação, cultura e educação. Explica que no dispositivo constitucional foram elencados, de forma exemplificativa, livros, jornais e periódicos, por serem estes comuns a época, não ficando, portanto, restrita a imunidade aos meios listados, devendo, assim, abarcar qualquer meio empregado com a função de divulgar informação, cultura e educação, considerando que este é o bem jurídico tutelado pela imunidade logo, os livros produzidos em meio eletrônico, reflexo da evolução tecnológica dos meios de divulgação, e empregados para a exteriorização de informação, cultura e educação devem ser protegidos pela imunidade.⁶⁰

Vittorio Cassone também é favorável a extensão da imunidade aos livros eletrônicos, e sustenta seu posicionamento argumentando não haver diferença de conteúdo entre os livros com diferentes suportes; ser necessário considerar a finalidade da norma, qual seja, incentivar a educação; a necessidade de não se tolher qualquer forma de desenvolvimento tecnológico, que pode vir a ser freado pela falta de imunidade tributária sobre livros eletrônicos, em um cenário onde o desenvolvimento tecnológico é indispensável em um mundo globalizado; e por último, porém não menos importante, argumenta que o livro eletrônico favorece a preservação do meio ambiente.⁶¹

Roque Antônio Carrazza também faz referência ao meio ambiente dizendo que em decorrência da devastação das florestas e com os progressos da informática, muito em breve não haverá mais livros do tipo convencional, isto é, impressos sobre papel. Salienta que o livro, tal como estamos habituados a manusear, será uma raridade, encontráveis apenas em museus e lojas de antiguidades.⁶²

Ricardo Mariz de Oliveira explica que é necessário realizar uma atualização do fato existente no momento da feitura da lei para o momento em que ela é utilizada, e assim, atualizar o

⁵⁹ KSELRAD, Moisés. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 408-409.

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 243

⁶¹ CASSONE, Vittorio. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 255-256.

⁶² CARRAZA, Roque Antonio. Livro eletrônico – imunidade tributária – exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 260.

termo livro para o novo modelo de livro disponível, o livro eletrônico. Para ele, não realizar esta atualização consiste no absurdo de dar tratamento mais benéfico ao retrógrado, incentivar a manutenção do velho e do superado e onerar o progresso que traz maior facilidade na divulgação de pensamento, o que vai de encontro ao escopo da norma.⁶³

Carlos Valder do Nascimento também entende livro eletrônico como veículo de propagação do conhecimento e por isso agasalhado pela imunidade. Para ele, livro, jornal e periódico dentro de uma visão literal consistem em formas ultrapassadas e a informação, conhecimento, cultura e artes já não estão mais aprisionadas nesta forma de divulgação, o que se mostra a partir da substituição da forma livresca, que engorda bibliotecas, pelo meio eletrônico de valor inestimável para o acesso a atividade intelectual, artística, científica e técnica.⁶⁴

Para Angela Maria da Motta Pacheco o livro eletrônico está subsumido a norma imunizante dado que livro não é definido em função do material a partir do qual ele é feito, mas sim a partir de seu conteúdo e da função que ele tem na preservação da cultura da humanidade em todas as áreas de conhecimento.

Antônio José da Costa explica que a maioria dos dicionários apresenta o conceito de livro como algo composto da reunião de folhas, porém, para ele, a presença de folhas de papel trata-se de elemento acidental na definição de livro, já que a história vem demonstrando que os elementos utilizados como suporte físico de livro variam ao longo do tempo. Hoje fala-se em livro composto de folhas de papel, mas no passado eram livros compostos de barro, pedra, argila, rolos de papiro, pergaminhos, madeira e nem por isso receberam denominações diferentes em decorrência do material empregado. Dessa forma, o livro produzido em meio eletrônico também se enquadra no conceito histórico de livro sendo, portanto, albergado pela imunidade.⁶⁵

4.3 Jurisprudência

Do mesmo modo que a doutrina diverge acerca da abrangência da imunidade em comento, os juristas também não se posicionam de forma unânime, podendo ser observados filiados à interpretação restritiva e extensiva da norma.

O Ministro Marco Aurélio, relator do Acórdão número 174476, defendeu a

⁶³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O sentido e o alcance da imunidade constitucional para o livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 251.

⁶⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 733.

⁶⁵ COSTA, Antônio José da. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 459

interpretação extensiva aos filmes e papéis fotográficos utilizados no processo de impressão, valendo-se do argumento de que a norma imunizante tem como razão de ser o interesse da sociedade em afastar tudo aquilo que pode inibir a produção de livros, jornais e periódicos.⁶⁶ Tal entendimento compôs a Súmula 657 em 2007.⁶⁷

Exemplifica claramente esta divergência, existente na Suprema Corte, o Recurso Extraordinário número 202.149-RS, impetrado pela União. Após os votos dos Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento; da Ministra Cármen Lúcia e dos Ministros Carlos Britto, e Marco Aurélio, Presidente, lhe negando provimento foi publicado o Acórdão, em 2011:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível. IMUNIDADE – “LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO” – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “D”, DA CARTA DA REPÚBLICA – INTELIGÊNCIA. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva. (grifo não original)⁶⁸

Tal decisão foi alvo de embargo de divergência, considerando o posicionamento diametralmente oposto, por parte da colenda Segunda Turma. Para tanto o embargante argumentou que as imunidades devem ser interpretadas restritivamente, pois se perfazem em restrição à capacidade ativa tributária. O embargo em questão foi aceito e julgado procedente pelo Ministro Celso de Mello em 2015.

Em relação aos equipamentos utilizados especificamente para a leitura de livros eletrônicos, tem-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que entende ser possível a imunidade abranger equipamentos utilizados para a leitura do livro eletrônico, fazendo analogia entre este suporte físico e o suporte físico papel. O Relator argumenta a necessidade de se conferir elasticidade à expressão insumos, afim de que sejam albergados também os *e-readers*, uma vez que o

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 174476, Relatora: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator para Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 26 de setembro de 1996, DJ 12-12-1997 PP-65580 EMENT VOL-01895-04 PP-00616. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000106568&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁶⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 657**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2176&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2016

⁶⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 202149, Relatora: Min. MENEZES DIREITO, Relator para Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, Data de Julgamento: 26 de abril de 2011, DJe-195, Divulgado em 10/10/2011, Publicado em 11/10/2011. EMENT VOL-02605-01 PP-00101 RTJ VOL-00220-PP-00510 RDDT n. 198, 2012, p. 194-199. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180576> &base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 ago. 2014.

uso do papel tende a diminuir gradativamente, devido à avanços tecnológicos e preocupação ambiental, e não mais se justificará e impressão desmedida.⁶⁹

Ante a divergência, doutrinária e jurisprudencial, existente a respeito da subsunção dos novos formatos de livros à norma imunizante, foi reconhecido caso de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁰

Em face deste cenário se observa a necessidade de que seja firmado o posicionamento jurisprudencial para que se evite insegurança jurídica.

4.4 Proposta de Emenda à Constituição nº 150/2012

De autoria do deputado Sandro Alex Cruz de Oliveira, a Proposta de Emenda à Constituição nº 150 do ano de 2012, intenta dar nova redação à alínea "d" do inciso VI do artigo 150, da Constituição Federal, para encerrar discussões e assim estender a imunidade tributária concedida aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão desses materiais, aos livros, jornais e periódicos editados em qualquer meio físico ou eletrônico.

Para justificar tal emenda são utilizados os argumentos de que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal é restritiva e reconhece que apenas os livros impressos em papel estão incluídos na imunidade tributária prevista na Constituição, enquanto os avanços tecnológicos trouxeram a possibilidade de livros em formato eletrônico. Com base neste entendimento o deputado autor desta proposta, entende que está presente o seguinte silogismo: “Livros são imunes de impostos. *E.books* pagam impostos. Logo, *e.books* não são livros.” Embora aparentemente verdadeiro, deve-se observar que a premissa é falsa, uma vez que *e.books* inquestionavelmente são os livros da nova era que se inicia.⁷¹

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20120111868548**, da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento 20 de novembro de 2013. Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/11/2013 . Pág.: 65. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116059578/apelacao-civel-apc-20120111868548-df-00098409120128070018>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁷⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 330817**, Relatora: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 20 de setembro de 2012, DJe-192, Divulgado em 28/09/2012, Publicado em 01/10/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar_Ementa.asp?s1=000000598&base=baseRepercussao>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁷¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 150/2012**, Autor: Deputado. SANDRO ALEX CRUZ DE OLIVEIRA. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F93E5843A35CC0F31F98E9FD506304B0.proposicoesWeb1?codteor=975251&filename=PEC+150/2012>. Acesso em: 10 ago. 2014.

Assevera o deputado que é necessário adequar o texto constitucional aos avanços tecnológicos para evitar injustiças que poderão ocorrer até que se complete o lento processo de uniformização da jurisprudência.

Atualmente esta proposta de emenda à Constituição se encontra aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

5 CONCLUSÃO

A partir de tudo o que foi analisado depreende-se que a finalidade da norma imunizante para livros, jornais e periódicos é, além de diminuir custos e assim facilitar o acesso das pessoas a estes materiais, impedir que a tributação seja empregada com o intuito de exercer controle sobre a manifestação do pensamento e tolher a liberdade de expressão, presentes no conteúdo e traduzida em palavras ou símbolos que compõem estes materiais. Impede, assim, que se realize uma tributação arbitrária, mais incisiva em obras com teor divergente à ideologia daquele que tem o poder de tributar, e amena ou inexistente para obras que disseminem ideias convergentes com a do detentor da competência tributária, afrontando direitos consagrados na Constituição Federal.

A imunidade objeto deste estudo recai sobre livros, jornais e periódicos, além do papel destinado à impressão destes materiais. No entanto como foi apresentado, livros, jornais e periódicos não podem ser caracterizados como possuidores de forma única e imutável, vez que passaram por imensas mudanças desde sua criação até a forma como conhecemos hoje.

Tendo em vista a definição não estática do conceito de livros, jornais e periódicos é necessário que a norma que confere imunidade tributária a estes materiais desentranhe-se do saudosismo do manuseio de um livro por meio de folhas de papel e seja interpretada considerando a forma atual por eles assumida, uma vez que manuscrito, impresso ou eletrônico, livros, jornais e periódicos atendem à mesma finalidade, qual seja, permitir a liberdade de expressão, a manifestação de pensamentos e levar cultura e conhecimento para seus leitores.

Sendo assim concluí-se que o entendimento doutrinário mais correto, acerca da abrangência da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “d” da Constituição Federal, é aquele que alberga também os livros, jornais e periódicos produzidos em meio eletrônico, por serem estes apenas o desenvolvimento da forma impressa, o resultado do uso da tecnologia que se espalha e chega a esses materiais que de forma mais prática, barata e portátil trazem conteúdo igual e atendem as mesmas finalidades dos livros, jornais e periódicos produzidos de forma impressa.

Também se pode concluir que no momento em que a Constituição Federal conferiu

imunidade tributária ao papel utilizado para a impressão de livros, jornais e periódicos estava imunizando o suporte físico necessário para a existência desses materiais, contexto que possibilita a extensão da imunidade também aos equipamentos eletrônicos que servem de suporte físico para a leitura, porém é necessário que se faça uma ressalva, conforme a seguir é explicado.

Quanto aos equipamentos utilizados para a leitura de livros eletrônicos conclui-se que a imunidade deve recair exclusivamente sobre aqueles concebidos com a finalidade única de suporte para leitura de livros eletrônicos como o *Kindle*, não estendendo a imunidade a todos os equipamentos que permitam a leitura de livros eletrônicos ao mesmo tempo em que podem ser utilizados para diversas outras finalidades como é o caso de micro-computadores, *tablets* e aparelhos de telefone celular.

Assim considera-se que estender a imunidade a qualquer equipamento possível de ser utilizado para a leitura consistiria em imunizar diversos equipamentos eletrônicos, que não possuem como finalidade principal, o suporte para leitura de arquivos eletrônicos. Dessa forma tem-se que a extensão indiscriminada da imunidade a todo e qualquer equipamento que possa servir de meio para leitura poderia vir a ser incentivo para que fabricantes incluíssem, entre as atribuições do produto, a possibilidade de servir como leitor apenas para evitar a incidência tributária, podendo vir a ocorrer um comprometimento da tributação.

Diante do exposto conclui-se que a imunidade dos aparelhos eletrônicos utilizados como suporte para leitura deve levar em consideração a finalidade almejada no momento da concepção do aparelho e não a finalidade de uso do equipamento, que pode servir para fins diversos.

6. REFERÊNCIAS

AKSELRAD, Moisés. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 403-432.

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

_____. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 143-154.

BALEEIRO, Aliomar apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 105-142.

_____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 240-254.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 150/2012**, Autor: Deputado. SANDRO ALEX CRUZ DE OLIVEIRA. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F93E5843A35CC0F31F98E9FD506304B0.proposicoesWeb1?codteor=975251&filena>

_____. Constituição (1946). **Emenda constitucional n. 18, de 1 de dezembro 1965**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc1865.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Constituição (1967). **Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc_01-69.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 174476**, Relatora: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator para Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 26 de setembro de 1996, DJ 12-12-1997 PP-65580 EMENT VOL-01895-04 PP-00616. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?sl=000106568&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 202149**, Relatora: Min. MENEZES DIREITO, Relator para Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, Data de Julgamento: 26 de abril de 2011, DJe-195, Divulgado em 10/10/2011, Publicado em 11/10/2011. EMENT VOL-02605-01 PP-00101 RTJ VOL-00220- PP-00510 RDDT n. 198, 2012, p. 194-199. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?sl=000180576&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 330817**, Relatora: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 20 de setembro de 2012, DJe-192, Divulgado em 28/09/2012, Publicado em 01/10/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?sl=000000598&base=baseRepercu>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 749448**, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12 de junho de 2013, DJe-114, Divulgado em 14/06/2013, Publicado em 17/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?sl=000265641&base=baseMonocra>>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 657**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2176&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2016

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20120111868548**, da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento 20 de novembro de

2013. Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/11/2013 . Pág.: 65. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116059578/apelacao-civel-apc-20120111868548-df-00098409120128070018>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRITO, Edvaldo apud MACHADO, Hugo de Brito. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80-95.

CARRAZA, Roque Antonio. Livro eletrônico – imunidade tributária – exegese do art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 254-272.

____ apud MELO, José Eduardo Soares de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 363-380.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSONE, Vittorio. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 255-267.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 12.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COSTA, Antônio José da. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 456-467

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

____. **Imunidades tributárias**. 2.ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DELGADO, José Augusto. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 52-68.

GONÇALVES, José Artur Lima. A imunidade tributária do livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 139-163.

GRECO, Marco Aurelio. Imunidade tributária do livro eletrônico. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 164-176.

____. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 710-721.

HOLMES apud LOBO, Maria Tereza de Cárcamo. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 96-104.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32.ed. rev. atual. amp.. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80-95.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 3, n. 5, p. 111-135, 2005.. Disponível em <http://faculdadechristus.com.br/downloads/opinio_juridica/revista_opinio_juridica_05_edt.pdf#page=112>. Acesso em: 23 out. 2013. p. 111-135.*

MALERBI, Diva. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 69-79.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias. In: _____. (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 31-51.

_____. Imunidades tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 121-129.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 105-142.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 729-742.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A imunidade tributária do livro eletrônico. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 130-138.

OLIVEIRA, Felipe Daudt de. O sentido da palavra livro no art. 150 da Constituição Federal – proteção de uma essência e não de um nome. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 68-78.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O sentido e o alcance da imunidade constitucional para o livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 239-253.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 316-322.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Imunidade tributária como limite objetivo e as diferenças entre “livro” e “livro eletrônico”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55-67.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A imunidade tributária do livro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 199-202.

_____. Imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão. *Revista do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília, Brasília, v.7, n. 1, p. 92-149, jan./jun. 2013.* Disponível em <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/4057/2_693>. Acesso em: 23 out. 2013. p. 92-149.

_____. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 335-362.

TÔRRES, Heleno Taveira; GARCIA, Vanessa Nobell. Tributação e imunidade dos chamados “livros eletrônicos”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79-96.

TORRES, Ricardo Lobo. Imunidade tributária nos produtos de informática. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223-238.

_____. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 183-222.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia.** 3.ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v.3.

YOSHIAKI, Ichihara. Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Imunidades tributárias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 323-334.

A MODERNIZAÇÃO DAS PROCURADORIAS DOS MUNICÍPIOS PARA UM INCREMENTO DA ARRECADAÇÃO DOS TRIBUTOS MUNICIPAIS

José Roberto Reale

Procurador do Município de Londrina, lotado na Gerência de Execução Fiscal – GEF. Especialista em Metodologia de Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

RESUMO: Diante da irremediável digitalização dos processos judiciais e de todo o processo, urge a modernização das procuradorias municipais E valorização da carreira do procurador, com o fito de evitar e até mesmo acabar com a chamada prescrição intercorrente levando a um aumento na arrecadação de tributos municipais.

PALAVRAS CHAVES: Processo de execução – Prescrição intercorrente -- Desconsideração da Personalidade Jurídica, Modernização das Procuradorias e Intimação Pessoal do Procurador

Em tempos de crise econômica como está passando o Brasil a atualizada a administração público a municipal precisa modernizar-se para viabilizar um incremento na arrecadação dos Tributos Municipais de sua competência constitucional IPTU, ISS e o ITBI, além das Taxas do Poder de Polícia e Coleta de Lixo.

Entre as inúmeras ferramentas, podemos afirmar com certeza, que a modernização das Procuradorias Gerais do Município, com incrementos em recursos humanos e materiais darão um impulso na cobrança de tributos municipais, em especial os lançados em dívida ativa, cobrados através de execução fiscal.

Também a revisão periódica dos Cadastros Mobiliários e Imobiliários das Secretarias Municipais de Fazenda interligados automaticamente com outros órgãos arrecadadores da administração pública, é providência que se recomenda e de fácil implementação com o corpo já existente dos servidores municipais envolvidos com essa questão.

Muitos contribuintes, em especial a do IPTU e do ITBI, sabendo dessas deficiências históricas nos cadastros dos Municípios, deixam de forma proposital de alterar os cadastros forçando uma prescrição intercorrente pela ausência de citação do contribuinte ou mesmo o reconhecimento da ilegitimidade passiva pelo judiciário, o que em ambos os casos leva à extinção do processo e ao fim e ao cabo a queda da arrecadação.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16/03/2015) valorizou sobremaneira a advocacia pública, entre elas a municipal, com um capítulo próprio no tocante a esse particular.

O citado *codex* em vigor desde último 18 de março de 2016, entre suas inovações, através de seu artigo 183 e parágrafos, abaixo transcritos, concedeu à Advocacia Pública a prerrogativa da intimação pessoal, nas mesmas condições previstas para o Ministério Público e Defensoria Pública.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º. Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Esses artigos estão de acordo com o artigo 25 da LEF a Lei de Execuções Fiscais – Lei Federal nº 6830 de 22/09/1980, a Fazenda Pública tem a prerrogativa legal de ser intimada pessoalmente dos atos processuais e muitas vezes processos com potencial grande de aumentar a arrecadação dos tributos municipais são extintos devido à chamada prescrição intercorrente.

Ocorre que, conforme disposto no caput do art.25 da referida lei as intimações dos representantes das Fazendas Públicas são realizadas pessoalmente:

Art. 25 - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo Único - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria

A intimação pessoal da Fazenda Pública nos processos judiciais, antes de ser um privilégio, é uma prerrogativa que visa a favorecer a coletividade em razão das suas peculiaridades: burocracia interna, quantidade enorme de processos para cada Procurador, etc.

A intimação pessoal da Fazenda Pública é prerrogativa que tem como objetivo deferir maior possibilidade de defesa ao ente público. Ora, o ente público engloba todos os beneficiários de sua existência (coletividade) e não apenas os Procuradores.

Hoje essa intimação é na maioria dos casos eletrônica e não se pode mais alegar ignorância ou não recebimento, sendo vital a existência de um setor na procuradoria que controle o recebimento das intimações enviadas por meio eletrônico.

Num prazo máximo de menos de 05 anos, possivelmente todos os processos de papel já estarão digitalizados, ao passo que os novos já tramitam nesse meio desde 2011.

Aliás, os advogados públicos não têm a possibilidade de escolher em quantos processos pretendem atuar, ou seja, não podem recusar demanda sob o fundamento de excesso de trabalho. Pelo contrário, vê-se obrigado a peticionar em uma quantidade muito superior de processos do que os advogados privados, os quais estão livres para restringir as suas causas.

E o que tudo isso tem a ver com a chamada prescrição intercorrente e o aumento da arrecadação dos tributos municipais?

É de conhecimento público dos operadores do direito, em especial os que milita, na advocacia pública, que a prescrição é conceituada como a perda da pretensão do titular de um direito que não o exerceu em determinado lapso temporal e no caso dos tributos municipais 05 (cinco) anos.

O instituto da prescrição intercorrente é nascido do direito do trabalho, estando inclusive sumulado junto ao Supremo Tribunal Federal, no verbete de nº 327 e daí se espalhou pelos outros ramos do Direito e no caso em tela no Direito Tributário.

No caso em tela ela corre quando o credor por inércia ou desídia não manifesta no processo judicial pelo período de 05(cinco) anos, fazendo com o que o processo seja extinto por prescrição, que todos sabem é a perda do direito judicial de cobrança.

É notório que os processos de execução fiscal por muitos anos fiaram relegados a segundo plano, não sendo de interesse das serventias judiciais sua movimentação, uma vez que a Fazenda Pública somente pagar as custas ao final do processo e caso seja vencida e por isso seria muito mais interessante do pronto de vista econômico para essas serventias movimentar os processos mais lucrativos.

Resta consolidado pela jurisprudência do STJ o entendimento de que a contagem da prescrição intercorrente inicia após o arquivamento do processo, nos termos do art. 40, §4º da LEF.

Por outro lado, é de fundamental importância o conhecimento das decisões jurisprudenciais sobre o tema.

A Súmula 314 do STJ exprime claramente a questão em tela:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Vejamos ainda as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça que corroboram o já exposto:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARCELAMENTO. PRESCRIÇÃO DECLARADA ANTES DO TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos termos do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80 e da Súmula 314 desta Corte, o prazo da prescrição quinquenal intercorrente tem início após o arquivamento do processo, o qual ocorre automaticamente findo o período da suspensão.

2. Mostra-se equivocada a declaração da prescrição quando não decorreu o lustro prescricional entre o arquivamento do feito e o parcelamento do débito tributário.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1256093/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 05/03/2012)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEF. OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INÉRCIA DO PODER JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, a prescrição intercorrente ocorre quando - proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão - o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos por culpa da exequente, podendo, ainda, ser decretada ex officio pelo magistrado, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública.

2. A finalidade da prévia oitiva da Fazenda Pública, prevista no art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, é a de possibilitar à Fazenda a arguição de eventuais causas de suspensão ou interrupção da prescrição do crédito tributário. Não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda pública em apelação, não há que se falar em nulidade, tampouco cerceamento de defesa, em homenagem aos Princípios da Celeridade Processual e Instrumentalidade das Formas. Precedentes.

3. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.102.431/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou entendimento segundo qual "a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ".

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1271917/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 27/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E PARALISAÇÃO POR MAIS DE CINCO ANOS IMPUTÁVEL À EXEQUENTE. SÚMULA 314/STJ. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA NÃO CONFIGURADA.

1. Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que proveu o Recurso Especial para afastar o reconhecimento da prescrição intercorrente e determinar o prosseguimento da Execução Fiscal.

2. Sustenta a agravante que a decisão monocrática afrontou o disposto no art. 40 da Lei 6.830/1980, aduzindo que a inércia da Fazenda Pública corresponderia à incapacidade de localizar bens no prazo de cinco anos.

3. Hipótese na qual o Tribunal a quo, ao considerar ocorrida a prescrição intercorrente durante o trâmite da Execução Fiscal, assentou o entendimento de que, uma vez citado o executado, tem início, de plano, o prazo prescricional.

4. Em conformidade com o art. 40, § 4º, da LEF, a prescrição intercorrente ocorre se a inércia da exequente provocar a paralisação da marcha processual por mais de cinco anos após decorrido um ano da suspensão do feito. Súmula 314/STJ. Precedentes do STJ. 5. Não se pode equiparar a falta de efetividade do processo executivo à inércia da Fazenda Pública, sem a qual é incabível a decretação da prescrição intercorrente.

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1274618/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 23/02/2012)

Devido ao grande volume de processos de execução fiscal, principalmente em municípios de médio e grande porte, aliado à má vontade de muitos juízes e serventuários da justiça com relação a esses processos, muitos são extintos quando poderiam gerar recursos para os cofres públicos e daí a necessidade de capacitação permanente dos procuradores e técnicos para evitara perda de prazos e sendo em dobro como se viu acima são grandes as chances de evitar essas perdas.

Assevere-se que o instituto da prescrição intercorrente tem na sua hipótese de incidência um derradeiro dever processual de localização de bens passíveis de penhora após as diligências realizadas pela parte e pelo Judiciário terem apontado no sentido da inexistência de bens. Noutros dizeres, somente no curso do processo, chega-se ao ponto em que o juiz determina a suspensão pelo prazo de 01 ano para que a Fazenda Pública, enfim, apresente bens passíveis de penhora, sob pena de contagem de prescrição intercorrente.

O Doutor e Mestre em Direito Tributário, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO valendo-se da vasta jurisprudência do STJ, delimitou seis momentos para o cômputo do termo inicial para a contagem da prescrição, assim como da prescrição intercorrente: “Fala-se em contagem: I) ora da data da constituição definitiva do crédito; II) ora da data do despacho da petição inicial da execução fiscal pelo juiz; III) da data da citação da parte contrária; IV) da data da suspensão da

execução ante a falta de localização do devedor para a citação, ou dos seus bens, para a penhora (artigo 40 da LEF); V) a partir de um ano após o despacho que determina a suspensão da execução (artigo 40, parágrafo 2º da LEF; e, VI) da data em que determinado o arquivamento dos autos, logo após o transcurso do prazo anterior.

Com o surgimento do processo eletrônico via PROJUDI, tal situação vai ser reduzida a zero, uma vez que o processo judicial precisa ter um fim e o sistema avisa os prazos. Não será mais possível o acúmulo de vários processos que demoravam anos para serem movimentados, gerando a chamada prescrição intercorrente.

Por isso a profissionalização e melhorias nos equipamentos das procuradorias municipais, deverá ser uma constante, com previsão anual para troca e ou aquisição de equipamentos e softwares de controle de processos.

Cursos de capacitação em processos eletrônicos também deverão ser constantes, uma vez que surgem a cada dia novas demandas e novas necessidades.

O Município precisa estar junto com o progresso e se antecipando para essas novas mudanças, as quais não tem mais volta.

Urge também a integração de cadastros das Fazendas Municipais com outras secretárias do mesmo ente público, como por exemplo, obras, meio-ambiente, fazendo com que as alterações cadastrais sejam automáticas.

Um cadastro desestruturado é fonte imediata de perda de arrecadação, ainda mais em tempos de crise, como os que se vivem na atualidade.

Um exemplo da perda de arrecadação é a chamada extinção dos processos de execução fiscal pela ilegitimidade passiva.

Trata-se de uma situação já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 392, que veda a troca de CDA no curso do processo executivo, a não ser por mero erro.

Súmula 392: A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Data da Publicação - DJ-e 7-10-2009

Por essa súmula não é mais possível a troca de sujeito passivo nos processos em curso.

Em muitos processos de execução fiscal, após alguns anos de tramitação percebe-se que o sujeito passivo original é falecido e isso gera a extinção do processo e, por conseguinte a evasão de dívidas.

Em muitas decisões os juízes de primeiro grau de jurisdição criticam e com razão a inércia das Fazendas Públicas no sentido de não atualizar os cadastros dos tributos municipais, situação essa que com a atualização permanente com certeza evitaria a fuga de divisas e aumentaria a arrecadação dos tributos municipais.

Tal situação não ocorreria se os cadastros municipais fossem atualizados e isso só ocorre com a modernização da máquina pública, a qual não pode viver como se fossem meros despachantes do passado esperando a coisa acontecer.

Isso tudo aliado a desestruturação das procuradorias municipal espalhada pelo país, fazem com que grandes importâncias sejam escoadas pelo ralo da prescrição não entrando nos cofres municipais.

Por isso, além da valorização da advocacia municipal com sua inclusão no artigo 132 da Constituição Federal garantindo prerrogativas funcionais e melhor qualidade de trabalho, é vital a capacitação das procuradorias tanto em material humano como estrutural.

É de suma importância, além de um bom quadro de procuradores municipais, que estes também sejam assistidos por uma equipe técnica, que satisfeita com as condições de trabalho e dos vencimentos, não migrem para outras carreiras, ou seja, evitar a fuga de cérebros.

O impacto financeiro ante ao benefício que se trará é de pequena monta e vem de encontro com o princípio constitucional da eficiência administrativa, previsto no artigo 37, *caput*, da Carta Maior.

Urge que o Senado Federal aprove a PEC 17/2012, que já foi aprovada na Câmara dos Deputados, incluindo a carreira de procurador do município no artigo 132 da Carta Magna.

Isso é um passo importante para a profissionalização das procuradorias e do próprio serviço público, o qual poderá contar com quadros mais elaborados.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 17, de 2012

Autoria: Deputado Maurício Rands

Altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.

Na justificação, os autores sustentam que os princípios constitucionais, como a legalidade e a indisponibilidade do interesse público, demandam a valorização da carreira de procurador municipal. Também criticam a ausência de controle de legalidade, o controle deficiente e a entrega de tal controle a pessoas estranhas ao quadro efetivo da Administração Pública Municipal. Acrescentam que a ausência de pareceres proferidos por procuradores concursados leva ao descrédito da Administração frente aos órgãos externos de controle, Tribunais de Contas e Ministério Público.

E concluem destacando que os municípios com menor potencial econômico instituirão a carreira de procurador municipal de forma proporcional às suas possibilidades. Não foram oferecidas emendas à proposição.

CONCLUSÃO

Fica patente que para evitar perdas na arrecadação, através da prescrição intercorrente é necessário da modernização das procuradorias dos municípios, tanto em recursos humanos como tecnológicos, em razão das fortes inovações irreversíveis pelas quais a tramitação de processos na justiça tem sofrido.

Urge a modernização dos cadastros e sua unificação entre todos os órgãos do Município, visando uma atualização constante nos bancos de dados e com isso um incremento da arrecadação e diminuição da chamada dívida ativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI 6830/1980. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS:- Brasília: DF, , Senado, 1980

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 314 -“Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Súmula 392: A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução. Data da Publicação - DJ-e 7-10-2009

PEIXOTO, Daniel Monteiro. Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal: Vertentes do STJ e as Inovações da lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005. Revista Dialética de Direito tributário nº. 125, São Paulo, Editora Dialética, 2006.

DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Mariani Bortolotti Fiumari

Acadêmica de Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade construir uma análise acerca da possibilidade de usucapião de bens públicos sem destinação, ou seja, daqueles não afetados a uma finalidade pública específica e que não mais estariam a serviço do interesse público, deixando de preencher a função social. A norma contida na Constituição Federal e no Código Civil veda de forma expressa a usucapião de quaisquer bens públicos, inclusive e especificamente os chamados dominicais. Todavia, é fácil perceber que há um contrasenso no tratamento entre o particular que não concede função social à sua propriedade, o qual está sujeito a diversas sanções – dentre elas a usucapião – e o Estado nas mesmas condições. A partir do estudo dos bens públicos, do direito de propriedade e a sua evolução histórica e do princípio da função social da propriedade e da posse, advoga-se a tese da usucapião de bens públicos que tem a função social preenchida pelo possessor. A maior parte da doutrina firma-se ao posicionamento legalista proibitivo. No que tange à jurisprudência, não é diferente. O assunto já foi decidido e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, seguindo o entendimento majoritário (Súmula 340). Apesar disso, uma parcela dos estudiosos do tema vislumbra tal possibilidade, existindo algumas poucas decisões judiciais nesse sentido. Neste contexto é que o estudo do presente tema torna-se relevante, pois o Direito, por ser uma área do conhecimento intimamente ligada à vida social, sofre fortes influências políticas, econômicas e sociais e, como consequência disso, as mudanças de entendimento e paradigmas podem ser operados.

PALAVRAS-CHAVE: Bens públicos. Função social da propriedade. Usucapião. Possibilidade.

ABSTRACT: This essay aims to build a review about the possibility of adverse possession of public properties without allocation, in other words, those not affected to a specific public function and that no longer would serving the public interest, failing to fulfill its social function. The rule contained in the Federal Constitution and in the Civil Code prohibits expressly the adverse possession of any public property, including those of private domain of the State. However, it is easy to see that there is a contradiction in the treatment of the individual who does not grant social function to their property, which is subordinate to various sanctions - among them the adverse possession - and the State in the same conditions. From the study of public property, property right and its historical evolution and the principle of social function of property and possession, it is advocated the theory of adverse possession of public properties that have the social function fulfilled by the possessor. Most of the doctrine consolidate the prohibitive legalistic position. Regarding the jurisprudence there's no difference. The matter has already been decided by the Supreme Court, following the prevailing understanding (Precedent 340). Nevertheless, as will be shown, a portion of the jurists sees that possibility and there are a few court decisions in this regard. In this context is that the study of this case is relevant because the law, as a field of knowledge closely linked to social life, suffers strong political, economic and social influences and, as a result, changes of understanding and paradigms can be operated.

KEY WORDS: Public properties. Social function of property. Adverse possession. Possibility.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade realizar um breve estudo acerca dos bens públicos e da sua relação com a usucapião, forma de aquisição da propriedade, sob a ótica da funcionalização da propriedade e da posse.

Estes bens, por estarem inseridos no patrimônio do Estado, estão submetidos a regime jurídico diferenciado, o de Direito Público. Em razão dessa especialidade, os bens públicos são revestidos pela inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não oneração. Isso porque são destinados ao interesse público, ou seja, são de interesse de toda a sociedade.

Essas características obstam a aplicação de alguns institutos do Direito Privado, em especial aqueles que dizem respeito às formas de aquisição da propriedade.

Contudo, existe uma parcela de bens públicos, chamados de bens dominicais, que fazem parte do patrimônio disponível do Estado e não possuem destinação ou finalidade específica, deixando, assim, de servir ao interesse coletivo.

O princípio da função social da propriedade, por sua vez, prescreve que a propriedade, seja urbana ou rural, deve ser utilizada como instrumento de produção e circulação de riquezas, para moradia ou produção econômica, em prol da coletividade. Por isso é comum que a propriedade seja chamada de direito-função. Enquanto a propriedade privada deve necessariamente conter função social, o patrimônio público é função social.

Dessa maneira, quando o proprietário privado é desidioso e deixa de conceder ou descumpre a função social da propriedade estará sujeito a diversas sanções pelo poder público, até mesmo a perda do domínio de seu bem para aquele que, por meio da posse, concedeu funcionalidade. É o caso da usucapião.

A partir desse breve intróito é possível surgir o seguinte questionamento: seguindo a mesma sistemática, poderiam os bens públicos que deixam de ser função social serem usucapidos por particulares?

Parece evidente que se a aquisição for benéfica para o interesse social, pelo qual deveria prezar a Administração Pública em observância ao princípio da função social, estar-se-ia

diante de uma solução simples. Ao contrário disso, a lei, a doutrina e a jurisprudência parecem divergir sobre o tema que ainda levanta inúmeros questionamentos e críticas daqueles que parecem estar mais atentos à realidade social e econômica atual do país.

1 DOS BENS PÚBLICOS

Os bens públicos podem ser conceituados como sendo aqueles de domínio nacional, pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público interno, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações de Direito Público. Os bens das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) também são bens públicos, porém possuem destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos¹.

José Cretella Júnior define bens públicos como “as coisas materiais ou imateriais, assim como as prestações, vinculadas às pessoas jurídicas públicas que objetivam fins públicos e estão sujeitas a um regime jurídico especial, derogatório ou exorbitante do direito comum”². Pode-se dizer, também, que são bens de domínio público, pois são de fruição geral da coletividade, inapropriáveis individualmente³.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello “a noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos”⁴.

No que tange à classificação dos bens públicos, o Código Civil, diploma responsável por essa tarefa, inovou e criou uma divisão tripartite, utilizando como critério a destinação ou afetação desses bens. Nos termos do artigo 99 do Código Civil:

São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 623.

² CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 242-243.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 624.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 932.

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.⁵

Os bens da primeira categoria (de uso comum) são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo, como os exemplos indicados no inciso I do referido artigo, são as ruas, as praças, as estradas, etc.; os da segunda (de uso especial) são destinados ao uso da Administração Pública para a consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira (bens dominicais) não possuem destinação pública específica e podem ser aplicados pelo Poder Público, por exemplo, na obtenção de renda⁶, assim como as terras devolutas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, divide os bens públicos em bens de domínio público do Estado, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial, e bens de domínio privado do Estado, abrangendo os dominicais⁷.

Os principais traços distintivos dessas duas categorias de bens, segundo a autora, são a afetação e o regime ao qual estão submetidos os bens.

Em razão da destinação para fins públicos, os bens de uso comum e os de uso especial, isto é, bens de domínio público do Estado, estão fora do comércio jurídico de direito privado. Enquanto mantiverem essa afetação, esses bens não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, usucapião, etc.

São, portanto, características dos bens de domínio público do Estado a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

O Código Civil reforça o entendimento de que os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem sua destinação (art. 100). O artigo 102⁸ do mesmo diploma, de forma expressa, veda a possibilidade de usucapião de bens públicos de qualquer natureza.

Os bens de domínio privado do Estado (bens dominicais), por sua vez, como definidos por Maria Sylvia, são aqueles de regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público. Isso porque, entende-se que a natureza desses bens não é exclusivamente

⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 726.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 726-727.

⁸ Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

patrimonial, isto é, não são utilizados apenas para gerar renda ao Estado, mas também podem atender a fins de utilidade pública⁹. Diz-se, portanto, que no silêncio da lei (direito público), aplica-se o direito privado.

Ocorre que, especificamente com relação à usucapião – forma de aquisição do direito de propriedade e, portanto, instituto de direito privado – houve tratamento proibitivo pela Constituição Federal de 1988, conforme pode ser observado nos arts. 183, §3^o¹⁰ e 191, parágrafo único¹¹. Isto é, nenhum bem imóvel público, seja ele dotado ou não de uma destinação pública, pode ser usucapido por particulares. O Supremo Tribunal Federal, antes da promulgação do atual diploma constitucional, no ano de 1963, por meio da Súmula nº. 340, fixou o entendimento de que “desde a vigência do Código Civil [de 1916], os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”¹².

1.1 AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello “a afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como a desafetação é a sua retirada do referido destino.”¹³

Em outras palavras, a afetação implica na atribuição de uma destinação pública específica ao bem.

⁹ PIETRO, Maria Silva Zanella di. *op. cit.*, p. 733.

¹⁰ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...) § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

¹¹ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

¹² Súmula 340: Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. BRASIL. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=340.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 933.

A afetação ao uso comum tanto pode provir do destino natural do bem, como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, quanto por lei ou por ato administrativo que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.

Já a desafetação dos bens de uso comum, isto é, seu repasse para a categoria de uso especial ou sua conversão em bens meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela.

Da mesma forma a desafetação de bem de uso especial, com a sua transformação em bem dominical, depende de lei ou de ato próprio do Executivo, como, por exemplo, ao transferir determinado serviço que se realizava em dado prédio para outro prédio, ficando o primeiro imóvel desligado de qualquer destinação.

1.2 REGIME JURÍDICO

Os bens públicos no Direito Brasileiro, como anteriormente mencionado, por estarem submetidos a regime jurídico diferenciado são marcados pela inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

Ainda nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a inalienabilidade diz respeito à impossibilidade de se adquirir bens públicos deliberadamente¹⁴. Os bens de uso comum do povo e os de uso especial só podem ser adquiridos, na forma da lei, ao serem desafetados. Os bens dominicais, da mesma forma, só podem ser alienados por meio de lei expressa que autorize a transação.

A impenhorabilidade, por sua vez, refere-se à impossibilidade de satisfação de créditos contra o Poder Público por meio da penhora de seus bens. A Constituição Federal estabelece forma específica para o pagamento de dívidas por parte do Estado (regime de precatórios), assim como o Código de Processo Civil disciplina o rito de execução contra a Fazenda Pública. Os bens públicos, por consequência lógica, também não podem ser onerados com direitos reais de garantia.

Por último, a imprescritibilidade é uma característica que veda expressamente a possibilidade de usucapião de bens públicos. A Constituição Federal, nos arts. 183, §3º e 191, parágrafo único, bem como o Código Civil, disciplina sobre essa matéria. O Superior Tribunal Federal, da mesma forma, pacificou o entendimento proibitivo por meio da súmula 340, já colacionada.

¹⁴ *Idem*, *Ibidem*, p. 933-935.

Quanto a essa característica, Hely Lopes Meirelles deixa claro ser impossível adquirir bens públicos por meio da usucapião, pois “não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito.”¹⁵

Todavia, diverso é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, o qual pondera que

Esta proibição [a imprescritibilidade] não se aplica aos bens dominiais, que, nada obstante serem públicos em razão da qualidade que detêm a sua titularidade, são possuídos pelos Poderes Públicos à moda de uma particular, submetidos, inclusive, ao regime de direito privado. Esses são usucapíveis.¹⁶

Desde já é possível observar que o tema tratado neste trabalho não é um ponto pacífico na doutrina, o qual enseja posicionamentos diversos e conflitantes ainda no campo do direito administrativo.

1.3 FORMAS DE ALIENAÇÃO

A inalienabilidade dos bens públicos é a regra; a exceção, isto é, a alienabilidade, só poderá ser operada nos exatos termos da lei.

Alienação é toda transferência de propriedade, remunerada ou gratuita, sob a forma de venda, permuta, doação, dação em pagamento, investidura, legitimação da posse ou concessão de domínio. Qualquer dessas formas de alienação pode ser utilizada pela Administração (...). Em princípio, toda alienação de bem público depende de lei autorizadora, de licitação e de avaliação da coisa a ser alienada, mas casos há de inexigibilidade dessas formalidades, por incompatíveis com a própria natureza do contrato.¹⁷

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 647.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 454.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 640.

Os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, por força do art. 100 do Código Civil, só poderão ser alienados quando deixarem de conservar a sua destinação pública, ou seja, quando forem desafetados.

Portanto, para serem alienados pelos métodos de direito privado, esses bens devem ser previamente desafetados por meio de lei específica ou ato do próprio Poder Executivo. Com isso, o bem que antes era de uso comum ou de uso especial passa a ser bem dominical, passando a integrar o patrimônio disponível da Administração.

Quando ocorrer a perda da destinação pública, os bens tornam-se disponíveis ao comércio jurídico de direito privado. Com relação aos bens dominicais, nos termos do art. 101 do mesmo diploma civil, poderão ser alienados observadas as exigências da lei.

Cumpridas as exigências legais e administrativas, a alienação de imóvel público a particular formaliza-se pelos instrumentos e com os requisitos da legislação civil, como com o registro da escritura pública em cartório de registro de imóveis.

Outra forma de alienação de bem público, dentre as demais mencionadas, é a legitimação de posse, que diz respeito especificamente às terras devolutas (bens dominicais). Criada pela Constituição Federal de 1967, a legitimação da posse passou a ser prevista em substituição à usucapião *pro labore*, prevista nas três constituições anteriores (de 1934, 1937 e 1946).

Disciplinando a matéria foi promulgada a Lei 6.383/76, a qual estabelece as condições para a legitimação da posse e preferência na aquisição. Nos termos dessa lei, a legitimação da posse passou a consistir na outorga de uma licença de ocupação, por um prazo máximo de quatro anos, ao posseiro que ocupa área pública de até 100 ha e atenda aos requisitos de morada permanente, cultura efetiva, exploração direta e que não seja proprietário rural.

Findo o período de quatro anos e constatada a sua capacidade de desenvolver a área, terá ele preferência na aquisição da propriedade pelo valor mínimo estabelecido em planilha mantida e atualizada pelo INCRA.

Nesse caso, não há usucapião de bem público como direito do posseiro, mas, sim, reconhecimento do Poder Público da conveniência de legitimar determinadas ocupações, convertendo-as em propriedade em favor dos ocupantes que atendam às condições estabelecidas na legislação da entidade legitimante.¹⁸

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 646.

Para Hely Lopes Meirelles essa forma de transferência de domínio estaria em harmonia com a função social da propriedade e resolveria as frequentes tensões que permeiam a indefinição das ocupações por particulares de terras não utilizadas pela Administração Pública.

O programa “Minha Casa, Minha Vida”, instituído pela Lei nº 11.977/2009, com alterações da Lei nº 12.424/2011, trata da regularização fundiária de assentamentos localizados em área urbana por meio da legitimação de posse, para aqueles que ocupam imóveis públicos e privados de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos, conforme redação do art. 60¹⁹ da mencionada lei.

2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O instituto da propriedade é preocupação e objeto de pesquisa de historiadores, sociólogos, economistas, políticos e juristas desde os tempos romanos, ou desde que se tem notícia de uma sociedade organizada que se debruçou sobre o assunto.

No Brasil, a evolução da propriedade teve início no domínio eminente e exclusivo pela coroa portuguesa; posteriormente, houve a gradual apropriação deste patrimônio pelos particulares por três vias: usucapião, cartas de sesmarias e posses sobre terras devolutas, com evidente monopólio de terras por senhores de escravos, constituindo o que até hoje se conhece como latifúndio²⁰.

A atualidade, no entanto, tem sido marcada pelo desequilíbrio, pelas incertezas e pelas mutações; alteração de regimes jurídicos e regimes políticos. A noção de contrato sofreu sensível modificação, com reforçamento do primado da ordem pública sobre o princípio da autonomia da vontade privada.

A verdade é que a propriedade individual existente hoje, embora se utilizando ainda de termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, por óbvio, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que o domínio ainda possui os mesmo atributos originários – usar, gozar, dispor e reaver – mas é inegável que essas faculdades também suportam restrições legais frequentes e severas. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e visando impedir que o

¹⁹ Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. BRASIL. *Lei nº. 11.977, de 07 de julho de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm> Acesso em: 11 de maio de 2016.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 174.

exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.

Nesse contexto, crescem os processos expropriatórios, sujeitando a coisa à utilidade pública e aproximando-a do interesse social. Sustenta-se que os bens são dados aos homens não para que deles extraiam o máximo de benefício e bem-estar com o sacrifício dos demais, mas para que utilizem na medida em que possam preencher a sua função social. O exercício do direito de propriedade há de ter por limite o cumprimento de certos deveres e do desempenho de tal função.

Assim, dizer que a propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade. Ao esquecer os direitos da coletividade, ou seja, do outro, do próximo, estamos excluindo-o. É esquecer, ademais, o caráter dinâmico da propriedade, que consiste em relações que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. Sem essa visão da propriedade como fenômeno dinâmico, é impossível se falar em função social e, muito menos, em função econômica²¹.

Reconhecendo o direito de propriedade, a ordem jurídica abandonou a passividade que guardava ante os conflitos de interesses e passou a intervir, de forma contundente, no propósito de promover o bem comum e, ainda, assegurar a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos. O bem-estar de todos se sobrepõe às conveniências particulares e, para realizá-lo, arma-se o legislador de amplos poderes.

A partir dessas noções, pode-se definir a propriedade como o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, inserido no rol do art. 5º da Constituição Federal, inciso XXII, mas que deve atender a uma função social em prol da coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam no artigo 1.228²² do Código Civil, sem perder de vista, por óbvio, outros direitos assegurados pelo diploma constitucional.

Por último, vale traçar um paralelo entre a posse, que será importante para a compreensão dos tópicos subsequentes deste trabalho, e a propriedade.

Apesar de ser uma tarefa difícil e que até hoje não encontra tranquilidade entre os estudiosos do tema, tenta-se justificar a posse como instituto jurídico a partir de duas correntes ou

²¹ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 716.

²² Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 31 de março de 2016.

escolas clássicas: a subjetiva e a objetiva.

A primeira corrente, chamada de teoria subjetivista, capitaneada por Savigny, entende a posse como o poder direto que o indivíduo tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. Para essa teoria a posse possui dois elementos: o *corpus* – elemento material sobre o qual recai a posse – e o *animus domini* – elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de exercer sobre o bem o direito de propriedade²³. O locatário, por exemplo, não é considerado possuidor, pois ausente o elemento subjetivo, mas apenas um mero detentor.

Para a teoria objetivista, também chamada de teoria de Ihering, para que a posse seja constituída basta que o indivíduo disponha fisicamente do bem, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Essa corrente dispensa a intenção do possuidor de ser dono da coisa, o *animus domini*, tendo a posse apenas um elemento, ou seja, o *corpus*. Este elemento é constituído pela atitude externa do possuidor em relação ao bem, agindo ele apenas com o intuito de explorá-la economicamente²⁴.

É imperiosa a conclusão de que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria objetiva de Ihering sobre a posse. O art. 1.196 do referido diploma ensina que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Em resumo, basta o exercício de um dos atributos da propriedade para que o indivíduo seja considerado possuidor. Pela atual codificação, pode-se dizer que todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário.

Contudo, o conceito de posse com *animus domini* de Savigny ganha especial contorno ao tratar do instituto da usucapião.

2.2 FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Por aquisição da propriedade entende-se a incorporação dos direitos de dono à esfera de um titular. Todavia, deve-se entender como verdadeira constituição da propriedade, uma vez que se incorporam ao titular não só os direitos, mas também os deveres inerentes à propriedade²⁵, como anteriormente tratado.

²³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 862.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 862.

²⁵ FIUZA, César. *op. cit.*, p. 733.

A propriedade imóvel, quanto à sua procedência, admite duas formas de aquisição: a derivada e a originária.

Na forma derivada de aquisição da propriedade há a intermediação de um outro indivíduo entre o adquirente e o bem. “Sempre que alguém lhes adquire a propriedade, o faz subrogando-se no complexo jurídico de outrem, que já era antes o proprietário”²⁶.

De outro lado, na forma originária, há contato direto entre o indivíduo e o bem, sem qualquer intermediação pessoal. “Diz-se originária, quando o indivíduo, num dado momento, torna-se dono de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de alguém”²⁷. São exemplos dessa forma as acessões – ilhas, aluvião, avulsão, álveo abandonado, plantações e construções – e a usucapião.

A usucapião, etimologicamente, significa aquisição pelo uso. Em latim, *usucapio* é uma palavra composta, em que *usu* significa “pelo uso” e *capio* significa “captura”, tomada, ou, em tradução mais livre, aquisição²⁸.

A usucapião é fundada na posse prolongada, a qual transforma uma situação de fato em uma situação de direito. É a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei.

Para explicar o fundamento ético desse instituto podem ser citadas três correntes: para a primeira, denominada subjetiva, a usucapião tem como intuito eliminar a incerteza nas relações jurídicas fundamentais, como as que envolvem a propriedade. O domínio das coisas não pode ser incerto; para a segunda corrente, objetiva, a usucapião só se legitima ao analisar a propriedade sob a ótica da função social, pois dono é quem explora o imóvel, quem o torna útil à sociedade; a terceira, por sua vez, entende que a usucapião seria uma espécie de penalidade para a negligência do verdadeiro titular que abandona o bem²⁹.

A tendência moderna, contudo, de cunho nitidamente objetivo, considerando a função social da propriedade, há de inclinar-se no sentido de que por ele se prestigia quem trabalha o bem usucapido, reintegrando-o pela vontade e pela ação, no quadro dos valores efetivos de utilidade social, a que a prolongada inércia do precedente proprietário o condenará.³⁰

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 98.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. IV, p. 97.

²⁸ FIUZA, César. *op. cit.*, p. 744.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 744.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 119.

Passando à análise dos seus componentes básicos, destacam-se a posse e o tempo.

A posse *ad usucapionem*, ou usucapível, não é uma posse qualquer. Não basta o comportamento exterior do indivíduo em face do bem, em atitude análoga ao do proprietário. Deve ser uma posse qualificada, isto é, contínua, pacífica ou incontestada por todo o tempo exigido, e com intenção de ser dono (*animus domini*).

O indivíduo deve exercer a posse sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse, isto é, sem a oposição do proprietário do bem, assim como não pode exercê-la em intervalos, de forma intermitente, nem tê-la maculado de vícios ou defeitos – violência, clandestinidade ou precariedade.

O *animus domini*, requisito psíquico/anímico, adquire tônus de essencialidade na usucapião. Neste momento sai de cena a corrente concebida por Ihering e é celebrada a teoria da posse de Savigny. Esse elemento afasta a mera detenção, pois não se confunde ela com a posse, e também a posse direta do locatário, do usufrutuário e do credor pignoratício, que, embora exerçam o direito de posse sobre bem, não têm e nem podem ter a faculdade de usucapir. É bem óbvio, inclusive, pois aquele que possui com base num título que o obriga a restituir o bem desfruta de uma situação incompatível com a aquisição da coisa para si mesmo³¹.

Ainda, para que a aquisição por usucapião seja viável é necessário que à posse venha associado o fator tempo. O Direito Brasileiro adota variados prazos para os diferentes tipos de usucapião – extraordinário, ordinário e especial. É indispensável, no entanto, que a posse se estenda ininterruptamente por todo o tempo exigido em lei.

Quanto ao objeto da usucapião, a lei constitucional e infraconstitucional trata de forma residual os bens que podem ser usucapidos ao pontuar aqueles que não podem. Desse modo, não podem ser objeto da usucapião as coisas que estão fora do comércio, por não serem suscetíveis de aquisição pelo homem, como, por exemplo, o ar atmosférico, o alto mar, etc., e os bens públicos de qualquer natureza.

Com relação a esta segunda categoria de bens insuscetíveis à usucapião, resta claro que o legislador ao estabelecer tamanha restrição deixou de observar o princípio da função social da propriedade. É quase impossível afirmar que o Estado Brasileiro, ante a sua imensa extensão territorial, consegue funcionalizar todos os bens imóveis sob o seu domínio. Além do mais, existem bens públicos (bens dominicais) que são alienáveis na forma da lei, sendo incompreensível que a usucapião, forma de alienação/aquisição prescrita em lei, possa ser obstada pelo único argumento de que os bens pertencentes ao Estado atendem ao interesse público. Sabe-se que isso nem sempre

³¹ *Idem, Ibidem*, p. 120.

acontece e não é uma verdade absoluta.

As espécies de usucapião estão previstas em sua maioria no Código Civil, notadamente nos arts. 1.238, 1.239, 1.240, 1.240-A e 1.242. As modalidades especiais, além de estarem previstas no diploma civil, também encontram amparo na Constituição Federal nos arts. 183 e 191. É possível encontrar normas da usucapião também no Estatuto da Cidade, como a usucapião especial urbana coletiva, e no Estatuto do Índio.

3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A história da função social da propriedade também é a história da propriedade privada.

Durante a era liberal, a postura absolutista da propriedade se justificava como uma conquista igualitária, pelo próprio histórico de restrições impostas pela monarquia ao acesso da maior parte da população à propriedade. Contudo, com o tempo, esse absolutismo se converteu em mero instrumento de exclusão social³².

A partir do final do século XIX, na França, surgiram as primeiras restrições ao direito de propriedade absoluto, por meio da teoria do abuso do direito. No Brasil, a teoria do abuso do direito de propriedade foi chamada de ato emulativo e foi inserida no ordenamento jurídico no §2º do art. 1.228, do Código Civil: “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”³³.

Contudo, para alguns, a teoria dos atos emulativos já nasceu obsoleta para o Direito Brasileiro em face da constitucionalização da função social.

O grave quadro de exclusão social acelerado por quase um século de exercício do liberalismo apenas reforçou a ideia de que o Estado garantia a liberdade de uns poucos em detrimento da opressão de muitos.

A passagem desse Estado para o Estado Social, por sua vez, impõe efetiva atuação do poder público no cumprimento de prestações capazes de promover real igualdade entre todos. Por consequência disso, requer-se a relativização das liberdades individuais, passando a propriedade a

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 200.

³³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 07 de maio de 2016.

sofrer condicionamentos de interesses coletivos e dos não proprietários³⁴.

Neste processo, funda-se a concepção vigente da função social da propriedade na Constituição alemã de Weimar de 1919. É introduzida uma visão avançada ao se afirmar no texto constitucional que a propriedade obriga, e não só gera direitos.

Essa mudança de paradigma provoca uma necessária conciliação entre poderes e deveres do proprietário, tendo em vista que a tutela da propriedade e dos poderes econômicos e jurídicos de seu titular passa a ser condicionada ao adimplemento de deveres sociais.

É fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade, prevista no art. 5º, inciso XXII³⁵, da Constituição Federal, é imediatamente seguida pelo inciso XXIII, do mesmo artigo, o qual disciplina que “a propriedade atenderá a sua função social”³⁶. Esta ordem de inserção de princípios não é acidental. Existe uma obrigatória relação de complementaridade entre a propriedade e a função social como princípios da mesma hierarquia.

A expressão “função social” traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue de forma a cumprir com os interesses sociais, sem a eliminação da titularidade do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição.

Segundo os ensinamentos de Pietro Perlingieri:

A função social deve ser entendida não como uma intervenção de ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individualização da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as atividades do titular.³⁷

A funcionalização consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns. Por isso é comum que a propriedade seja chamada de poder-dever ou direito-função.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 202.

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11 de maio de 2016.

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11 de maio de 2016.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

Em suma, a função social converte-se no quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro elementos estruturais são estáticos (usar, gozar, dispor e reivindicar), o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume decisivo papel de controle sobre os demais³⁸.

De forma acertada, Fábio Konder Comparato adverte que:

[...] O descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio.³⁴ Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade [...]³⁹

Em consonância com o exposto, o §1º do artigo 1.228, do Código Civil, ensina que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁴⁰

É possível verificar que esse dispositivo reproduz a mensagem da Constituição Federal na ordem privada e apresenta um rol exemplificativo da forma de se aferir a função social.

Assim, tendo em mente as considerações gerais acerca da função social da propriedade, cabe agora mencionar a aplicação da funcionalização nos diferentes tipos de propriedade imóvel: a urbana e a rural.

A fim de regulamentar o disposto no art. 182⁴¹ da Constituição Federal houve a

³⁸ Idem, *ibidem*, p. 206.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, v.1, n.3, p.92-99, set./dez. 1997. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

⁴⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 07 de maio de 2016.

⁴¹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11 de maio de 2016.

criação da Lei nº 10.257/01, autodenominada de Estatuto da Cidade, a qual estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade em prol do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

Por meio de instrumentos urbanísticos, o município, a partir da criação dessa lei, poderá disciplinar a função social da propriedade, seja pelo plano diretor ou pelas leis orgânicas locais. Por meio desses instrumentos municipais será delimitado o crescimento ordenado da cidade.

A propriedade urbana que desafiar o plano diretor será censurada pelo ordenamento jurídico e estará sujeita às sanções previstas no §4º do art. 182, da Constituição Federal, como parcelamento ou edificação compulsória, incidência de imposto progressivo no tempo ou desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Por outro lado, com relação à propriedade agrária, a disciplina constitucional afeta à essa questão ocupa todo um capítulo da Constituição Federal, do art. 184 ao 191.

A propriedade rural que se centra na terra como bem de produção deve desempenhar função social com maior rigor que os outros bens. O principal dispositivo sobre a matéria é o art. 186 da Constituição Federal, o qual disciplina as condições simultâneas para o cumprimento da funcionalização rural. “Três são os elementos cuja observância identifica o adimplemento da finalidade agrária: econômico, social e ecológico.”⁴²

A exigência de produtividade é apenas o primeiro indício da função social. Nos termos da aludida norma constitucional, incumbe ao proprietário, igualmente, cumprir as obrigações trabalhistas e preservar a esfera ambiental ecologicamente equilibrada. Em suma, a função social da propriedade rural demanda requisitos de eficiência, utilização adequada de recursos ambientais e de utilidade comum, favorecendo o bem-estar dos trabalhadores. O fato de alguém ser proprietário não lhe outorga um mandato de exploração irracional dos recursos naturais da propriedade.

Segundo as lições de Fábio Konder Comparato:

Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição [...].⁴³

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 218.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*

De outro lado, em que pese o estudo já desenvolvido, é forçoso admitir que a função social, no campo dos direitos reais, não se dirige unicamente à propriedade, mas também à posse como fato social de grande repercussão na edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano, em especial a moradia.

A posse é tutelada pelo ordenamento jurídico como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia – art. 6º da Constituição Federal⁴⁴ – e o acesso aos bens mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana. “A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar.”⁴⁵

Na função social da posse o possuidor não é mais inserido entre os terceiros não proprietários, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade.

Nesse caso, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o mínimo existencial. São casos em que a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário e sim um possuidor.

Em suma, a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas é sancionada a conduta desidiosa de um proprietário, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se um instrumento de redução de desigualdades sociais e da justiça distributiva.

4 DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS QUE NÃO CUMPREM A FUNÇÃO SOCIAL

Após o estudo dos temas desenvolvidos nos capítulos anteriores deste trabalho é impossível obstar o surgimento da seguinte afirmação: os bens públicos nem sempre cumprem com o princípio da função social. Como consequência lógica dessa afirmação surge a indagação: por que esses

⁴⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11 de maio de 2016.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 40.

bens não podem ser usucapidos pelos particulares que lhes conferem essa funcionalização?

Em princípio a propriedade privada não é função social, cuida-se de um direito subjetivo – constituído pela autonomia privada – com função social. Em contrapartida a propriedade pública é, em regra, função social, pelo fato dos bens pertencerem ao patrimônio estatal. As regras de direito público prevalecem quando estes entes estatais exercem o direito de propriedade. Os atributos da impenhorabilidade, imprescritibilidade e da inalienabilidade apartam a propriedade de bens públicos de uso comum do povo e de uso especial dos limites até então enfocados. A exceção concerne aos bens dominiais (patrimoniais), que não são afetados a uma função pública (art. 100 do Código Civil), recebendo tratamento semelhante aos bens privados, em razão de sua finalidade diferenciada.⁴⁶

Se os bens públicos são função social, destinados a servir especificamente ao interesse público, como é possível que bens dissociados dessa finalidade, ou desafetados, permaneçam no patrimônio dos entes estatais e que o direito de propriedade do Estado prevaleça?

Estes são questionamentos que ainda carecem de resposta, pois, em que pese o tratamento semelhante aos bens privados, a Constituição Federal, conforme já debatido no capítulo que tratou dos bens públicos, vedou de forma expressa a usucapião de todos os bens públicos, inclusive e especificamente dos bens dominiais.

É de causar curiosidade aos estudiosos do tema o fato de que essa categoria de bens é alienável pela Administração Pública, isto é, faz parte do patrimônio disponível do Estado, contudo, não é passível de usucapião, que é uma forma de aquisição da propriedade prescrita em lei.

É evidente o contrassenso existente no tratamento do particular que inutiliza as suas terras e do Estado nas mesmas condições. Enquanto o proprietário privado está sujeito a diversas sanções pelo poder público quando deixa de conceder ou descumpre a função social da propriedade, os próprios entes estatais quando deixam de cumprir a função social não sofrem qualquer tipo de sanção.

Nesse sentido escreve Cristiana Fortini:

Se a inércia e o descompromisso do proprietário privado são devidamente punidos, quer, via oblíqua, com o reconhecimento de que novo é o titular do bem, configurada a hipótese de usucapião, quer com a aplicação das penas delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 233.

administração pública possa negar a vocação dos bens que formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social.⁴⁷

Igualmente irredimidos com a posição engessada pelo ordenamento jurídico brasileiro, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald inovam e criam uma nova classificação de bens públicos. Para eles esses bens poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos.

Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém, excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.⁴⁸

Em outras palavras, se formalmente público, o bem seria passível de usucapião, satisfeitos os demais requisitos para a sua concessão; se materialmente públicos, haveria óbice à usucapião. “Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado ‘tem’ função social, o bem público ‘é’ função social.”⁴⁹

Novamente, Cristiana Fortini pondera que:

O critério formal, adotado pelo Código Civil, por outro lado, enobrece bens que, por estarem desvinculados do cumprimento de função social, não devem pertencer à categoria de bens públicos, mesmo que formem o patrimônio de pessoas jurídicas de direito público.⁵⁰

A maioria das decisões judiciais sobre o tema, por obviedade, não desafiam o mandamento constitucional e, de forma quase automática, sem análise da concretude do caso e apartadas da realidade vivida por inúmeras famílias, notadamente as de baixa renda, julgam inexistente o direito de propriedade daqueles que, por anos a fio e sem nenhuma oposição do Estado, conferiram funcionalização àquela terra por eles possuída.

Contudo, uma parcela ainda singela dos julgadores mais atentos à realidade vivida por muitos brasileiros julga, ainda que *contra legem*, a favor do particular que construiu sua vida naquela terra que, ainda que não ostente o título, considera sua.

⁴⁷ FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista de direito municipal*, Belo Horizonte, volume 5, n. 12, abr./jun. 2004, p. 120.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 264.

⁵⁰ FORTINI, Cristiana. *op. cit.*, p. 122.

Nesse sentido foi o entendimento da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao julgar improcedente, no ano de 2014, ação reivindicatória proposta pelo DER/MG – Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais contra um grupo de famílias que se assentou em área pública, às margens de uma rodovia estadual, bem como conceder o domínio daquela terra às famílias:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM 'ANIMUS DOMINI' - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - "A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o *animus domini*, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição".(TJ-MG - AC: 10194100112383001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 08/05/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2014).⁵¹

Em seu voto, o relator do processo, desembargador Barros Levenhagen, explica que:

[...] conforme demonstram as provas carreadas aos autos, principalmente, a perícia técnica de fls. 182/218: 'O que acontece neste caso, é que os moradores (ex-funcionários do DER/MG), pouco a pouco foram edificando suas casas no local do acampamento. Com o tempo, as famílias foram crescendo, criando-se vínculo com a propriedade e desde então se passaram aproximadamente 30 anos. Hoje, uma pequena vila, dotada de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena igreja. Esta área ocupada pelos moradores, corresponde aproximadamente a 26% do imóvel. O restante encontra-se livre.'

Assim, aquele que por mais de trinta anos, como no presente caso, tem como seu o imóvel, tratando-o ou cultivando-o, tornando-o útil, não pode ser

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10194100112383001 MG. Apelante: DER/MG – Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais. Apelados: Claudio Aparecido Gonçalves Tito e outros. Relator: desembargador Barros Levenhagen. Belo Horizonte, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120456151/apelacao-civel-ac-10194100112383001-mg/inteiro-teor-120456201>> Acesso em: 19 de maio de 2016.

compelido a desocupá-lo à instância de quem o abandonou.

Na espécie, os réus demonstraram a aquisição da posse do imóvel há mais de trinta anos, sem qualquer oposição do DER. Destarte, demonstrado está que os réus, ora apelados, não detinham apenas a mera detenção do bem, mas verdadeiramente sua posse, como se donos fossem.

Nesta mesma esteira foi o entendimento da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BEM IMÓVEL). BENS REGISTRADO EM NOME DO PODER PÚBLICO. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO, EM QUE NÃO MAIS SUBSISTE QUALQUER INTERESSE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DO IMÓVEL SOB O DOMÍNIO DO ESTADO. A despeito da vedação Constitucional (arts. 183, § 3º, CF; 191, parágrafo único, Constituição Federal), a qual impede a usucapião de imóveis públicos de qualquer espécie, possível, em casos excepcionais, o reconhecimento do direito à aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, quando, como no caso, está evidente a total ausência de interesse público sobre o imóvel objeto da ação. Hipótese em que o Poder Público Municipal, no exercício do desenvolvimento da sua política habitacional, alienou o imóvel a particular, há mais de 40 anos, tendo havido, inclusive, a expedição do Certificado de Quitação, e somente não tendo havido a efetiva transferência da propriedade junto ao registro imobiliário por entraves burocráticos. Circunstâncias que evidenciam a total falta de interesse público, desvelando, assim, a possibilidade de aquisição do bem por usucapião. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. UNÂNIME.⁵²

É importante anotar que a tese aqui vislumbrada é a que se destina a reduzir o déficit habitacional. Em outras palavras, a usucapião que atingiria o patrimônio público do qual não se extrai função social encontra subsídio nos casos em que o bem é empregado para fins de moradia e subsistência própria do possessor e de sua família.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018233536. Apelante: Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB. Apelado: Guiomar Paz. Relator: desembargador Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL+70018233536&proxystyle=sheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 19 de maio de 2016.

Aos mais desavisados, o tema abordado nas poucas linhas deste trabalho pode parecer obsoleto e sem propósito real, todavia, é de grande importância na discussão e na construção do Estado Democrático de Direito. Busca-se a partir disso a promoção da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do normativismo brasileiro, por meio do igualmente fundamental direito à moradia.

CONCLUSÃO

Buscou-se por meio deste trabalho explorar os argumentos favoráveis à usucapião de bens públicos como forma de garantir a aplicação da função social da propriedade e promover a justiça social, na tentativa de resguardar o mínimo existencial e, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que a usucapião desses bens não é uma regra para ser aplicada desmedidamente em todos os casos, mas existem situações em que o Estado deve atuar mais rente aos anseios sociais, descartando uma solução meramente legalista.

Desse modo, é possível verificar que, em determinados casos, a norma-princípio da função social deverá sobrepor-se à norma-regra da imprescritibilidade dos bens públicos.

Isso porque, o quadro de exclusão social do país é assombroso e ganha maior visibilidade no meio urbano se observado o número crescente da população que se encontra desabrigada nas ruas, assim como a expansão das favelas, o aumento das ocupações em terrenos públicos e privados ociosos, a ausência e a degradação da infraestrutura e de serviços nas áreas ocupadas por população de mais baixa renda, etc.

No meio rural não é diferente. Inúmeros sem-terra vagam pelos campos à procura de um lugar para plantar e viver, em um país em que 2% da população possui mais de 50% das propriedades rurais.

Tudo isso põe em evidência a ausência de política habitacional que dê conta de garantir o direito à moradia e à vida digna dos cidadãos.

Em suma, vivencia-se uma época em que não se avalia o rótulo, mas a efetividade dos modelos jurídicos. Em outras palavras, se o bem pertencente ao Estado – União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações de Direito Público – não guarda qualquer relação com a finalidade pública exercitada pela pessoa jurídica de direito público, haverá possibilidade de usucapião como forma de efetivar a justiça social e distributiva.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 31 de março de 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

_____. *Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm> Acesso em: 11 de maio de 2016.

_____. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=340.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.659 - SP (1995/0049519-8). Recorrente: Aldo Bartholomeu e outros. Recorrido: Odair Pires de Paula e outros. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 21 de junho de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8>> Acesso em: 17 de maio de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10194100112383001 MG. Apelante: DER/MG – Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais. Apelados: Claudio Aparecido Gonçalves Tito e outros. Relator: desembargador Barros Levenhagen. Belo Horizonte, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120456151/apelacao-civel-ac-10194100112383001-mg/inteiro-teor-120456201>> Acesso em: 19 de maio de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018233536. Apelante: Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB. Apelado: Guiomar Paz. Relator: desembargador Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL+70018233536&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*%&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_cj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+/#main_res_juris> Acesso em: 19 de maio de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, v.1, n.3, p.92-99, set./dez. 1997. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista de direito municipal*, Belo Horizonte, volume 5, n. 12, abr./jun. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. IV.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A PROPRIEDADE URBANA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Mateus Alves Saffaro

Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

RESUMO: Adotando as novas perspectivas do Direito Civil interpretado à luz da Constituição Federal, o presente estudo tem como objetivo abordar o preceito constitucional da função social da propriedade, disposto nos arts. 5º, XXIII e 182 e parágrafos da Constituição Federal de 1988. Para tanto, serão observados tanto a tutela dada pela Carta Magna ao tema, como também outras Leis Federais, à exemplo do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02), bem como o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01). No sentido de destacar a necessidade da aplicação das novas perspectivas do Direito Civil, será analisado o caso concreto da Comunidade do Pinheirinho, alertando para a imprescindibilidade da observância da função social da propriedade pelos operadores do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade; Direito Civil Constitucional; Comunidade do Pinheirinho.

ABSTRACT: Adopting the new perspectives of civil law interpreted in the light of the Constitution, the present study aims to address the constitutional principle of the social function of property, provisions of arts. 5, XXIII and 182 and paragraphs of the 1988 Federal Constitution to this end, both will be observed the protection given by the Constitution to the subject, as well as other Federal Laws, the example of the Civil Code of 2002 (Law 10,406 / 02) and the City Statute (Law 10,257 / 01). In order to highlight the need to apply the new perspectives of civil law, the case of the Pinheirinho Community will be analyzed, alerting to the indispensability of the observance of the social function of property by law enforcement officers.

KEYWORDS: Social ownership function; Constitutional Civil Law; Community of Pinheirinho.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito de propriedade é garantido pela própria Constituição Federal em seu art. 5º, XXII, bem como também é elencado pelo Código Civil de 2002 como um dos direitos reais, nos termos do art. 1225 do CC.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio, ao se debruçar sobre a tutela da propriedade expressa a necessidade da observância de sua função social, o que pode ser depreendido, sobretudo, da análise dos dispositivos que tratam do referido assunto na Constituição, na Lei 10.257/2001, o denominado Estatuto da Cidade, bem como pelo próprio Código Civil.

Para ilustrar a temática da função social da propriedade, em especial da propriedade urbana, será discutido o caso da comunidade do Pinheirinho, situação conhecida nacionalmente e que fez surgir diversos posicionamentos acerca da temática habitacional no país, assim como, sobre a propriedade de terras ociosas.

A PROPRIEDADE URBANA À LUZ CIVIL CONSTITUCIONAL

A chamada função social da propriedade encontra disposição legal no art. 170, inc. III da Carta Magna sendo considerado um dos princípios gerais da atividade econômica, bem como no art. 39 da Lei 10.257/2001, o chamado Estatuto da Cidade, onde é possível encontrar um conceito legal delineando o tema no sentido de advertir que a propriedade urbana cumprirá a sua função social quando: “atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”. Assim, em observância a tal dispositivo, resta claro que o direito de propriedade urbana não deve ser entendido como absoluto, devendo ser considerado sob a ótica do bem comum.

A razão para a inclusão da função social da propriedade como um dos princípios gerais da atividade econômica com expressa previsão na Constituição Federal remete à histórica problemática brasileira em relação ao latifúndio, sobretudo rural, que possui raízes desde a Lei de Terras no período imperial em 1850. Com esta Lei, o Brasil escolheu o caminho de privilégios à grande monocultura, consolidando a política de concentração de terras e, conseqüentemente, trazendo como legado, atualmente, um desigual índice de distribuição de terras.

De maneira a reparar estas distorções de origens históricas, o Direito Civil brasileiro nas últimas décadas sofreu influências de uma nova vertente civilista, conhecida como Direito Civil Constitucional, cujo objetivo está na despatrimonialização das relações. Nesse sentido, passou-se a desconsiderar o absoluto interesse individual em prol da coletividade, consoante com o princípio da dignidade humana previsto na Constituição. Não basta, portanto, possuir a propriedade, mas colocá-la em consonância com o princípio da função social, isto é, deve ser útil à coletividade.

Gustavo Tepedino ao conceituar função social da propriedade defende que, atualmente, a propriedade não deve mais ser considerada de maneira absoluta, com a possibilidade de o proprietário, dentro de suas delimitações, poder realizar atividades de acordo com sua senhoria. Pelo contrário, o conteúdo da propriedade dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade (TEPEDINO, 2004, p. 317).

Nesse sentido, mencionado autor ainda é categórico ao afirmar que (...) quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2004, p. 319).

Passadas as breves considerações acerca da nova roupagem a ser adotada pelo direito de propriedade, passa-se sob esse viés a análise do caso da comunidade do “Pinheirinho”, uma ocupação irregular localizada num terreno de propriedade particular na cidade de São José dos Campos, o qual foi alvo de uma operação de reintegração de posse em janeiro de 2012.

A comunidade possuía, aproximadamente, nove mil moradores e se localizava em um terreno de mais de um milhão de metros quadrados de extensão e, segundo fontes, a área pertencia à massa falida da empresa Selecta/SA falida em 1990.

O terreno adquirido pela empresa permaneceu por mais de dez anos sem destinação efetiva. Assim, em 2004, cerca de trezentas famílias desabrigadas foram deslocadas rumo ao terreno abandonado sendo que, no mesmo ano, a justiça estadual concedeu a reintegração de posse à massa falida da empresa, porém, os moradores conseguiram uma liminar para impedir a reintegração de posse.

Após a liminar, a massa falida da empresa, já em 2009, conseguiu novamente prosseguimento no STJ para a reintegração de posse, entretanto, no ano de 2011, as famílias conseguiram no mesmo Tribunal anular o pedido de reintegração de posse por incompetência processual da Vara da cidade de São José dos Campos. Finalmente, em janeiro de 2012, a Juíza da 6ª Vara Cível de São José dos Campos acolheu o pedido da massa falida e determinou a reintegração de posse.

No entanto, muito embora as decisões proferidas, havia a comprovação de que a propriedade pertencente a massa falida, antes da ocupação pelas famílias, não era destinada a nenhuma finalidade.

Assim, seguindo a moderna interpretação civil constitucional mencionada anteriormente, sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, o imóvel de propriedade da empresa não cumpria com a sua função social haja vista a ausência de sua destinação adequada para qualquer finalidade, muito embora a decisão do juízo de primeira instância não tenha observado tais fatos, limitando-se à interpretação meramente patrimonial do direito de propriedade enraizada sobretudo pelo antigo Código Civil de 1916.

Os tribunais têm inadmitido julgar a respeito do princípio da função social da propriedade em ações possessórias. Argumentam os desembargadores que, não se pode analisar o

aludido princípio, mas sim cumprir os ditames do Código Processual Civil. Exemplifica-se com um exemplo jurisprudencial:

"AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação de reintegração de posse não é o instrumento adequado para se promover desapropriação de terras improdutivas. 2. É certo que a propriedade deve desempenhar sua função social, sob pena de ser objeto de desapropriação. Não se pode olvidar, todavia, que o Poder Executivo é fonte primária de implementação das políticas públicas, não o Judiciário. 3. A concessão de terras invadidas, ainda que no mérito tenham razão os invasores, é estímulo ao caos, na medida que autoriza a realização de justiça privada. 4. Na ação de reintegração de posse o Magistrado deve observar, exclusivamente, se o autor provou sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data desse e a perda da posse." (fls. 112 do opinativo ministerial). 5. Apelo provido, para anular a sentença." (TRF-1 - AC: 35559 MG 2005.38.00.035559-5, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 18/04/2006, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 16/05/2006 DJ p.64)

Assim, percebe-se que, muito embora doutrina mais moderna tenha entendimento diverso, ainda há decisões de mérito, inclusive proferidas em Tribunais, fundadas em interpretações baseadas exclusivamente no texto legal, limitando-se a existência do aspecto formal do Direito.

Contudo, contrariando tais interpretações, convém ressaltar as lições de Miguel Reale que, ao explanar sua Teoria Tridimensional do Direito afirma que este deve ser analisado mediante três aspectos indissociáveis: fato, valor e norma. Explica o renomado jusfilósofo que, "o Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores". O autor ainda completa afirmando que: "Direito é concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores" (REALE, 2002, p. 67). Tais ensinamentos ressaltam a importância da experiência na conceituação de Direito na doutrina de Miguel Reale.

Assim, ao negar a análise da questão da função social da propriedade, o poder judiciário, torna-se mero interprete literal da lei, sem ater-se aos fundamentos da problemática e, por consequência, excluindo a experiência valorativa da norma jurídica.

No caso específico da comunidade do Pinheirinho, não se tratava, como o julgado exemplificado, de esbulho de um grupo de pequenas proporções, mas sim de mais de trezentas famílias que ocupavam o terreno há vários anos. Dessa forma, ao se limitar à lei processual, o magistrado exclui outros fatores preponderantes que compõem a experiência jurídica.

Nesse sentido, pode ser destacada a lição de Fábio Konder Comparato a respeito da função social da propriedade: “o princípio da função social da propriedade, ao invés de se revelar uma mera restrição ao direito de propriedade, compõe o próprio desenho do instituto, de sorte que, a partir de 05 de outubro de 1988, no Brasil, somente é garantida a propriedade particular que cumpra com sua função social” (COMPARATO, 1986, p. 76).

Não obstante os relevantes estudos doutrinários acerca do tema, a jurisprudência brasileira ainda revela o quão distante está o país da eficácia do princípio da função social da propriedade.

Silvio de Salvo Venosa esclarece que os direitos reais (como o direito de propriedade) devem ser vistos como direitos relativos, não devendo prevalecer supremacia absoluta sobre eles, pois, devem estar de acordo não só com os interesses de seu proprietário, mas também, com a função social (VENOSA, 2005, p. 125).

Mencionadas posições doutrinárias encontram-se em consonância com § 1º do art. 1228 do Código Civil, bem como com Estatuto da Cidade e a própria Constituição Federal, uma vez que, essas mudanças na legislação resultaram de anseios sociais que buscavam soluções para o problema habitacional nos centros urbanos e a reflexão dos ditames legais relacionados à propriedade fundiária no Brasil. Tais mudanças foram essências do ponto de vista material e formal, já que, até então (antes da Constituição Federal de 1988), predominava o conceito absoluto de propriedade, o qual legitimava as terras ociosas.

Entretanto, percebe-se, ainda em 2015, uma considerável resistência aos novos rumos dos direitos patrimoniais, sobretudo o direito de propriedade, na medida em que o judiciário ainda resiste em transportar do campo teórico para o campo prático os princípios constitucionais que devem nortear o Direito Civil.

Assim, merece destaque a crítica de Norberto Bobbio em “O Futuro da Democracia” ao afirmar que o grande desafio das democracias pós-modernas é colocar em prática os princípios constitucionais. Não basta nomeá-los na legislação vigente, senão colocá-los em prática, mostrar à população àqueles direitos prescritos e que estes poderão ser efetivados no dia-a-dia, ou seja, fazer com que a população confie na legislação e nas instituições democráticas e republicanas (BOBBIO, 1997).

APONTAMENTOS FINAIS

O instituto da função social da propriedade foi criado com intuito de proporcionar uma finalidade a imóveis ociosos e, por meio disso, proporcionar benefícios e melhorar a infraestrutura urbana. Foram vários anos de discussões até a Constituição Federal estabelecer esse instrumento em seu texto normativo. Anos após a promulgação da Constituição, foi aprovado o Estatuto da Cidade, o qual também dispõe sobre a função social dos imóveis, textos estes ratificados pela vertente civil constitucionalista ao priorizar a coletividade em detrimento do individual.

Todavia, mesmo depois dessa evolução quanto ao assunto da destinação das propriedades, verifica-se que há resistência em aplicar o instituto da função social, principalmente por motivos de interpretação literal da lei. O exemplo utilizado foi o caso da comunidade do Pinheirinho, o qual muitas famílias carentes se estabeleceram em um vasto terreno, antes abandonado, mas por força de decisão judicial, tiveram que ser retirados do local onde, antes, residiam.

Desta maneira, pretende-se que haja, sobretudo por parte do Poder Judiciário, a devida atenção e valor ao instituto da função social da propriedade, pois, além de proteção disciplinada em legislações infraconstitucionais, está garantido pela própria Constituição Federal tendo em vista que tal instituto foi criado com objetivo de melhorar a estruturação urbana e, ao menos, auxiliar no problema habitacional do país.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra. 6 ed. 1997.

COMPARATO, Fábio Konnder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. In. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, RT, n.º 63, jul-set/1986.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2004.

_____. *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar 2013.

_____. *O direito civil Contemporâneo – Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Curso de Direito Civil: Direitos Reais*. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2005.

AUMENTO DE PREÇOS DE COMBUSTÍVEL E INTERVENÇÃO DO ESTADO

Rodrigo Brum Silva

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Coordenador Executivo do Procon de Londrina. Professor Universitário. Advogado.

Tatiane Boneto Pinheiro

Assessora Jurídica do Procon de Londrina. Advogada.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Decisão Administrativa. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho apresenta a decisão de mérito de um dos vinte e oito casos submetidos à apreciação do Procon-LD (Londrina, Paraná, Brasil), após a conclusão do processo administrativo sancionatório, com fundamento no Decreto Municipal nº 436/2007, art. 12, com as alterações trazidas pelo Decreto Municipal nº 648/2010, analisando principalmente a questão da liberdade do empresário no estabelecimento de preços em relação à imperatividade de controle administrativo, a fim de corrigir eventuais distorções no mercado.

PALAVRAS-CHAVE: Abusividade, Aumento de preços, Bem essencial, Controle administrativo.

1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2016, em virtude de diversas denúncias de consumidores por telefone, através da imprensa, e também por meio da Promotoria de Justiça, o PROCON-LD tomou conhecimento de que teria havido um reajuste elevado, abrupto e irregular no preço da gasolina e do álcool em Londrina, Paraná, no período compreendido entre 14 e 21/03/2016, sem qualquer justificativa aparente.

Em virtude disso, e em face da documentação recebida do Ministério Público, extraída dos autos do Inquérito Policial nº (omissis), especialmente as Planilhas de Venda ao Consumidor, documentos produzidos pela Receita Estadual do Estado do Paraná, passou-se a analisar a referida informação, e se entendeu que poderia ter acontecido, pelo menos em tese, descumprimento das normas de proteção e defesa do consumidor.

O fato que chamava à atenção, com relação aos documentos recebidos, era que no período apontado pelo Ministério Público (entre 14 e 21/03/2016), exatos 28 (vinte e oito) postos de

combustível tinham aumentado em R\$ 0,30 (trinta centavos de real) o preço da gasolina e do álcool, sem que nenhum fator econômico pudesse justificar o referido aumento, tendo em vista que:

- a) não havia aumento no custo da mão de obra;
- b) não havia aumento do preço do produto na refinaria;
- c) não havia aumento na tarifa da energia elétrica;
- d) não havia aumento no custo do serviço de água;
- e) não havia reajuste no valor dos aluguéis;
- f) não havia aumento no valor do serviço de telefonia;
- g) não havia aumento do valor da taxa de administração das empresas de cartão de crédito.

Além disso, à época dos fatos havia forte instabilidade política, principalmente na divulgação, por parte do Juiz Sergio Moro, de uma gravação do Ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que gerou forte comoção social, de modo que, pelo menos em tese, a atenção da opinião pública estava voltada para o setor político, fato que poderia ter sido aproveitado, pelos fornecedores, para aumentar sub-repticiamente o preço dos combustíveis.

Diante disso, decidiu-se determinar a instauração de Investigação Preliminar (art. 33, §1º, do Decreto Federal nº 2.181/97, e art. 38 do Decreto Municipal nº 436/07), *sob sigilo administrativo*, tendo em vista a existência de sigilo fiscal sobre as informações recebidas, em face dos 28 (vinte e oito) postos, a fim de que fossem apuradas eventuais infrações aos direitos e interesses dos consumidores.

Para tanto, foi requisitado a cada um dos referidos postos, em dois úteis, às seguintes informações, sob pena de incorrerem no crime de desobediência, conforme art. 330, do Código Penal:

- a) a justificação, por escrito, dos motivos do reajuste de preço efetuado no período de 14 a 21/03/2016, apresentando as razões e os documentos que julgassem necessários;
- b) a entrega das Notas Fiscais de compra de combustíveis junto às distribuidoras/refinarias (etanol e gasolina comum), bem como cópia de relatório de vendas aos consumidores, referente ao período de 14 a 21/03/2016.

Após a referida notificação, restou constatado que 24 (vinte e quatro) dos postos responderam ao PROCON-LD, sendo que 4 (quatro) não apresentaram qualquer resposta, ou resposta insuficiente, motivo que levou o PROCON-LD, em decisão administrativa cautelar, a determinar a suspensão das atividades dos referidos postos faltantes, por 48h, a fim de que pudessem realizar a resposta e a entrega de documentos, sem significar perigo de prejuízo econômico à população.

Nesses termos, diante de toda a documentação recebida, assim como dos documentos enviados pelo Ministério Público, bem como das informações levantadas na Investigação Preliminar, todos os vinte e oito Autos de Investigação foram enviados para a Gerência de Fiscalização do PROCON-LD, a fim de averiguar se havia ou não irregularidades, ilicitudes etc, em detrimento dos consumidores.

Depois da análise de cada caso, e de cada justificativa apresentada pelos fornecedores investigados, assim como dos documentos, a Gerência de Fiscalização do PROCON-LD efetuou a autuação individual de todos os 28 (vinte e oito) postos, considerando abusivo o aumento realizado entre 14 e 21/03/2016, em infração aos art. 6º, incs. IV e VI, e art. 39, inc. V e X, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Com a autuação, que constitui ato formal de assinalamento do cometimento de infrações aos direitos do consumidor, todos os 28 (vinte e oito) postos foram notificados, sendo concedido prazo, conforme norma em vigor, para apresentação de impugnação (defesa) escrita, no prazo de 10 (dez) dias.

Nesses termos, todos os fornecedores apresentaram suas respectivas defesas, sendo que as alegações se fixaram nas seguintes linhas de defesa, de modo geral:

- a) não houve aumento injustificado;
- b) no Estado Democrático de Direito é livre o estabelecimento de preços pelos fornecedores;
- c) a venda de combustíveis não possui tabelamento fixado pelo governo ou por norma jurídica;
- d) É livre o exercício de qualquer atividade econômica, considerando a livre iniciativa.

Seguindo-se o procedimento, os 28 (vinte e oito) Autos de Infração foram conclusos para a Coordenadoria do PROCON-LD, a fim de que fosse decidido o mérito da questão, cumprindo analisar e decidir, à luz de todas as provas colhidas, assim como das afirmações, argumentações e motivos apresentados, e do Direito vigente, se haveria ou não aumento injustificado no período investigado.

Nestes termos, após a completa análise, estudo e deliberação, foi o entendimento da Coordenadoria do PROCON-LD que todos os 28 (vinte e oito) postos investigados agiram em desconformidade com as normas consumeristas ao violar, inclusive, direitos básicos dos consumidores, restando configurada prática infrativa ao disposto no art. 6º, inc. IV e VI, e art. 39, inc. V e X, do Código de Defesa do Consumidor - Lei Federal nº 8.078/90, conforme constatado, o que se verifica no texto base das 28 (vinte e oito) decisões administrativas, trazido à luz no item subsequente.

2. DECISÃO ADMINISTRATIVA

Relatório.

O NÚCLEO MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, doravante denominado PROCON-LD, por meio de ação fiscalizadora consubstanciada no auto de infração em epígrafe, flagrou irregularidades, conforme demonstrado no Processo Administrativo acima apontado. Nesse passo, os I. Fiscais do PROCON-LD constataram às seguintes práticas infrativas, *in verbis*:

“(...) A venda ao consumidor final é de livre concorrência e com livre preço. Entretanto: a) combustível é bem essencial consoante o artigo 10, inc I da Lei Federal nº 7.783/89, sem substitutos e com poucos fornecedores; b) todos os custos da atividade (mencionados no item 1) são controlados pelo Estado, sendo que a variação desses custos justificaria um aumento, o que não ocorreu; c) não há notícia de escassez do produto ou excessivo aumento da demanda, o que também justificaria o aumento; d) é dever do PROCON a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI da Lei Federal nº 8.078/1990 – CDC), sendo considerado prática

abusiva exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V da mesma Lei) e elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (art. 39, X da mesma Lei). e) Na resposta, a empresa cita o artigo 170 da Constituição Federal, que preconiza que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, ressaltando-se que o inciso IV estabelece o princípio da livre concorrência. Entretanto, o mesmo artigo em seu inciso V tem como princípio a defesa do consumidor, ou seja, os dois princípios precisam ser respeitados e são complementares na busca do Estado Brasileiro por uma ordem econômica fundada na dignidade humana, o que justifica a intervenção deste PROCON-LD. Concluímos que apesar de imperar o preço livre no mercado de combustíveis, este não pode desprezar outros princípios constitucionais, exigindo vantagem abusiva do consumidor, prejudicando a harmonia no mercado de consumo. Acrescenta-se que o reajuste de preços se deu em momento de grande clamor social e de instabilidade política, haja vista os inúmeros protestos realizados pelo país no dia 13/03/2016, bem como a divulgação pelo juiz federal Sérgio Moro de áudio de chamada telefônica entre a Sra. Presidente da República e o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em 16/03/2016, razão pela qual a atenção da população estava inteiramente voltada para o cenário político.”.

Desta feita, tendo averiguado que o Fornecedor agiu em desacordo com as Normas de Proteção e de Defesa do Consumidor, os I. Fiscais lavraram auto de infração, assinalando os dispositivos legais que foram violados, e, por serem estes autoexplicativos, entenderam satisfeitas as disposições de irregularidades.

O Fornecedor, tempestivamente, impugnou o Auto de Infração acima apontado, alegando, em síntese, que:

“O Fornecedor imputa a autoridade fiscalizadora violou os artigos 6º, incisos IV e VI e 39 incisos V e X todos do Código de Defesa do Consumidor; afirma que tais violações se deram em razão do aumento de combustível verificado entre os dias 16 a 21/03 em comparação ao praticado nos dias 14/03; conforme restará demonstrado nesta peça, e se necessário for, em toda dilação probatória o auto de infração não há de prevalecer;

primeiro ponto que se destaca é que o material utilizado pela fiscalização, em especial os documentos fiscais, foram obtidos, a priori, de forma ilegal, visto que não consta dos autos administrativos qualquer ordem judicial autorizando o repasse de informações fiscais da Receita Estadual a qualquer outro órgão fiscalizatório, em especial ao PROCON; requer-se desde já o desentranhamento de tais documentos, a anulação de quaisquer outras provas ou conclusões obtidas através dos mesmos (“fruits of the poisonous tree”); não obstante esta nulidade, que certamente levará a invalidação do auto de infração, passa-se a análise do mérito da autuação; sustenta a fiscalização que o que se questionava era “é a variação do preço ao consumidor final e não o seu valor em si”, não importando para tanto a manifestação quanto a formação do preço; ora, imputa a fiscalização a prática descrita no artigo 39, V do CDC; primeiro ponto a destacar é que não há qualquer indicação de qual a vantagem manifestamente excessiva exigida pelo autuado, o que per si só já bastaria para invalidação da autuação, pelo menos quanto a este tópico; soma-se a isso, que somente se poderá afirmar que a vantagem é manifestamente excessiva se houver uma diferença gritante entre os custos e o preço praticado, mostrando-se abusiva a margem praticada; entretanto, deixa a fiscalização de indicar qualquer elemento que demonstre que o preço cobrado é excessivo ou fora dos padrões praticados no mercado, ao contrário, trechos posteriores da autuação demonstram que o preço praticado pelo autuado em patamares similares ao praticado no mercado londrinense; quanto a suposta prática ilegal descrita no inciso X do artigo 39 do CDC melhor sorte não assiste à fiscalização; conforme consta da manifestação inicial do autuado o artigo 39, X do CDC não se aplica a todo e qualquer mercado. Isto porque, s.m.j. a regra insculpida no artigo 39, X do CDC não se direciona não se destina a todos os tipos de relação de consumo, tais como simples compra e venda de produtos, em especial commodities (como o combustível), pois fere os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, previstos no artigo 170 da Constituição, sendo uma indevida intromissão do Estado na economia; o fato de combustíveis automotores serem tidos como essenciais não se exclui a premissa de que é uma commodity e pode ser facilmente trocado um fornecedor pelo outro; o argumento da fiscalização de que aproximadamente 70% dos postos estavam praticando preços similares ao praticado pelo autuado somente reforça a premissa de que o consumidor teria condições de procurar outro posto para abastecer seu veículo; não haveria qualquer prejuízo aos consumidores escolher algum dos outros 30 postos de combustível na cidade para efetuar seu abastecimento; a regra que se pretende imputar (art. 39, X CDC) claramente é destinada para aqueles fornecedores de produtos e serviços que, por sua

natureza, demandam contratos de longo prazo e de “fidelização”, cuja troca por outro fornecedor é sempre onerosa; cita-se, como exemplos, planos de saúde, serviços de telefonia, internet, televisão por assinatura, escolas, academias, etc.; nestes casos, o aumento de preço do fornecedor traz enorme prejuízo ao consumidor, pois a troca do fornecedor traz enormes custos (tais como taxa de adesão, matrícula, portabilidade, etc) o que não ocorre nos fornecedores de commodities, em que o consumidor poderá livremente alterar de fornecedor sem qualquer custo; será que os outros 30 postos não suportariam a demanda?; por certo que a regra do artigo 30, X do CDC não se aplica ao presente caso; ainda que se aplicasse, ainda assim, não se teria a manutenção do auto de infração. Isto porque somente se teria a irregularidade caso não houve qualquer justificativa; pelo auto de infração somente se justificaria aumento caso houvesse aumento nos custos. Ora, a formação do preço não leva somente em conta os custos do produto, mas também a demanda e margem de lucro; conforme amplamente noticiado pela imprensa os postos de gasolina, como forma geral, estavam trabalhando com uma margem extremamente diminuta, inclusive, segundo a reportagem, alguns comerciantes trabalhando em prejuízo; ora, adequar a margem de lucro dos empresários não é, nem nunca foi ilegal, sendo garantido pelo artigo 170 da CF; proibir ou penalizar a adequação de margem dos empresários significa sentenciar as empresas de morte, o que a médio e longo prazo trará mais prejuízos ao consumidor, visto que haverá diminuição da concorrência; aliás, concorrência esta, conforme consta da reportagem retro mencionada, é que faz, em algumas ocasiões flutuar o preço, visto que a entrada de novos players ou mesmo a promoção de algum dos concorrentes, força a queda da margem; de igual sorte não há, até mesmo porque não houve averiguação quanto a formatação do preço, qualquer exigência abusiva dos consumidores; cristalino que não há no auto de infração elementos que indique a prática de ilícitos por parte do autuado, devendo ser julgado improcedente o auto de infração; diante do exposto, requer se Digne Vossa Senhoria em receber a presente manifestação, com o fito de que julgue improcedente o auto de infração ante a ausência de ilicitude, bem como em razão se, s.m.j., a regra insculpida no artigo 39, X do CDC não se destinar ao comércio de commodities, como o caso da investigada, em especial onde há grande concorrência; requer-se a produção de prova pericial, consistente na verificação de abusividade ou não do preço praticado, se o mesmo esta ou não de acordo com o mercado local, e se vícios em sua formação; requer-se ainda a produção de prova testemunhal, de forma a comprovar as alegações da margem anteriormente praticada. Arrola-se desde já, sem prejuízo de substituição ou acréscimo, os

Senhores João Baptista Faria e Lino Ramos, ambos com endereço profissional sito à Avenida Higienópolis, 2100.

Fundamentação.

Antes de tudo, cumpre dizer que a alegação do fornecedor de que os documentos fiscais foram obtidos de forma ilegal, o que, por consequência, acarretaria a nulidade de todo o procedimento, desde a instauração da investigação preliminar, até a lavratura do auto de infração supramencionado, não merece acolhida visto que as informações fiscais foram obtidas pela Promotoria de Proteção e Defesa do Consumidor junto à Receita Estadual do Paraná, mediante convênio, conforme cópia de ofício em anexo. Nesse passo, o Promotor de Justiça, mediante ofício, encaminhou cópia dos documentos que estão instruindo o Inquérito Policial nº (omissis), requisitando ao Órgão Protetivo que instaurasse procedimento para apuração de possíveis práticas infrativas no âmbito administrativo, o que foi realizado, e em sigilo administrativo, não existindo, obviamente, nulidade.

No que se refere ao pleito de produção de prova testemunhal, cumpre elucidar que a matéria objeto da controvérsia aqui trazida merece análise e solução adequadas com base nos elementos já aferidos, de modo que o pedido é indeferido.

Com efeito, é lícito ao Núcleo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON-LD indeferir as provas que julgar irrelevantes para a formação de seu convencimento, mormente aquelas que considerar meramente protelatórias, como acontece com o pleito realizado, visto evidente que prova testemunhal nada acrescentará às provas, inclusive de origem pública, já colhidas.

Superadas as preliminares supra, passa-se à análise do mérito.

Com efeito, e após uma análise mais acurada do caso concreto, resta indubitável que o Fornecedor agiu em desconformidade com as normas consumeristas ao violar, inclusive, direito básico dos consumidores, restando, pois, configurada prática infrativa ao disposto no art. 6º, incisos IV e VI, e art. 39, incisos V e X, ambos do Código de Defesa do Consumidor - Lei Federal nº 8.078/90.

De início, mostra-se de suma importância elucidar que não pretende o Órgão Protetivo realizar o tabelamento de preços dos combustíveis, bem como não pretende fixar a margem de lucro a ser auferida pelos fornecedores, seja em razão da observância aos princípios constitucionais

e à legislação infraconstitucional, seja porque cada estabelecimento tem suas peculiaridades, as quais precisam ser consideradas quando da fixação do preço dos produtos que comercializam.

Ocorre que enquanto órgão defensor dos direitos consumeristas, uma vez constatando indícios de abusividade por parte de fornecedores, o Órgão tem o dever de agir (art. 4, inc. II, alíneas “a” e “c”, inc III, VI, art. 55. CDC¹, art. 5º e segs., Decreto nº 2181/97²), e assim o fez diante da “onda” de reajustes de preços dos combustíveis ocorrida em Londrina, Paraná, sem uma causa aparente.

Nesse passo, cumpre dizer que os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma sistêmica, buscando a sua harmonização. Com efeito, o princípio da livre iniciativa não é o único estampado no art. 170, da Constituição Federal³, visto que há ainda outros oito princípios da ordem econômica que devem ser igualmente considerados e sopesados, e, dentre eles, o

¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

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

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

² Art. 5º Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

da defesa do consumidor (inc. V, art. 170). Assim, é certo que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, conforme quer fazer crer o Fornecedor.

Neste ínterim, oportuno trazer os ensinamentos de Rizzatto Nunes⁴, *in verbis*:

“Ora, a Constituição Federal garante a livre-iniciativa? Sim. Estabelece a garantia da propriedade privada? Sim. Significa isso que, sendo proprietário, qualquer um pode ir ao mercado de consumo praticar a “iniciativa privada” sem nenhuma preocupação de ordem ética no sentido da responsabilidade social? Pode qualquer um dispor dos seus bens de forma destrutiva para si e para os demais partícipes do mercado? A resposta a essas duas questões é não.

Os demais princípios e normas colocam limites – aliás, bastante claros – à exploração do mercado. É verdade que a livre-iniciativa está garantida. Porém, a leitura do texto constitucional define que:

- a) o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador; ele é da sociedade e em função dela, do seu benefício, é que se permite sua exploração;
- b) como decorrência disso, o explorador tem responsabilidades a saldar no ato exploratório; tal ato não pode ser espoliativo;
- c) se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e à sociedade;
- d) excetuando os casos de monopólio do Estado (p. ex., do art. 177), o monopólio, o oligopólio e quaisquer outras práticas tendentes à dominação do mercado estão proibidos;
- e) o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor.

(...)

⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102/103

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a ele outorgados (que estão regradados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais) (...)

Quando se fala em regime capitalista fundado na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais e na cidadania, como é o nosso caso, o que se está pressupondo é que esse regime capitalista é fundado num mercado, numa possibilidade de exploração econômica que vai gerar responsabilidade social, porque é da sociedade que se trata.”

Desta feita, resta indubitável que a liberdade de empresa ou comércio deve ser balizada e relativizada pela defesa do consumidor, especialmente quando se tratam de bens e serviços essenciais, como é o caso do combustível, consoante disposições do art. 10, inc. I, da Lei Federal nº 7.783/89⁵.

O combustível é bem essencial, cujo preço influencia diversos setores da economia: pesa tanto no bolso daquele que vai abastecer seu próprio veículo, quanto no daquele que depende de transporte coletivo, o qual tem seu preço reajustado com base no custo do combustível, dentre outros fatores; bem como pode majorar o preço de diversos produtos em razão do aumento do custo de frete, tendo como exemplo os alimentos, pois o custo do seu transporte da zona rural para supermercados, mercearias etc., é incorporado ao preço praticado ao consumidor final.

Assim, demonstrada a essencialidade do produto, bem como a influência direta ou indireta na fixação de preços de diversos setores, ocasionando um “efeito cascata” nos preços praticados no mercado de consumo, mostra-se, mais do que conveniente, imprescindível a intervenção de órgãos protetivos dos direitos consumeristas, mediante o exercício de seu poder de polícia, a fim de evitar e/ou reprimir práticas abusivas que venham a lesar os consumidores, ainda que isso implique em relativização de outros direitos e princípios constitucionais.

Com efeito, é sabido que a liberdade para fixação de preços no ramo de comércio de combustíveis é algo relativamente recente, eis que o processo de extinção do tabelamento, iniciado no ano de 1997, com a Lei Federal nº 9.478⁶, foi concluído em 31 de dezembro de 2001, quando

⁵ Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

⁶ Art. 69. Durante o período de transição, que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.

o Estado deixou de efetuar qualquer intervenção na fixação dos preços e, por tal razão, talvez os fornecedores ainda não saibam como se comportar diante dessa liberdade de mercado, eis que praticam rotineiramente preços equiparados, independentemente de sua localização (regiões mais “valorizadas” da cidade, que teoricamente possuem custos mais elevados, praticam preços semelhantes ao de regiões menos valorizadas e vice-versa) e de possuírem ou não contratos de exclusividade com distribuidoras de combustíveis (há postos bandeirados e não bandeirados com preços equivalentes).

Conforme documentos provenientes da Receita Estadual do Estado do Paraná, no dia 15/03/2016, 43 (quarenta e três) fornecedores, ou seja, quase metade dos postos revendedores em funcionamento em Londrina, estavam vendendo o etanol a R\$ 2,89 (dois reais e oitenta e nove centavos), e, em 17/03/2016, 36 (trinta e seis) estabelecimentos praticavam o preço de R\$ 2,99 (dois reais e noventa e nove centavos), o que corresponde a aproximadamente um terço dos postos revendedores.

Ainda, consoante tais documentos, em 17/03/2016, 64 (sessenta e quatro) fornecedores trabalhavam com uma variação de preço para a gasolina comum de apenas R\$ 0,03 (três centavos), eis que 17 (dezesete) praticavam o preço de R\$ 3,86 (três reais e oitenta e seis centavos), 3 (três) vendiam a R\$ 3,87 (três reais e oitenta e sete centavos), 4 (quatro) vendiam a R\$ 3,88 (três reais e oitenta e oito centavos) e em 37 (trinta e sete) postos o preço era R\$ 3,89 (três reais e oitenta e nove reais), o que representa aproximadamente dois terços do mercado local de revendedores de combustível.

Portanto, diante de tal cenário, há de se destacar que no caso em análise não há autorregulação do setor, um equilíbrio natural, eis que o mercado de revenda de combustíveis não possui uma concorrência perfeita, ao passo que, além de a variação de preços ser ínfima, o consumidor não deixará de adquirir o produto em razão do preço elevado, pois se trata de um bem essencial.

Logo, por tudo quanto foi até aqui exposto, conclui-se que não podem ser aceitos reajustes elevados, abruptos e injustificados no preço dos combustíveis.

Com efeito, desde a instauração da investigação preliminar, a qual se deu por requisição do *Parquet*, o Fornecedor foi notificado para apresentar perante este Órgão Protetivo as suas justificativas para o reajuste de preço praticado no período de 14 a 21/03/2016, bem como todos os documentos que julgasse necessários para corroborar suas alegações.

Ocorre que o Fornecedor não logrou êxito em demonstrar, seja quando da manifestação quanto à Investigação Preliminar ou em sede de impugnação ao Auto de Infração, a variação de custo dos principais itens que compõem o preço praticado ao consumidor, quais sejam,

preço de aquisição dos combustíveis, tributos incidentes, tarifas de energia elétrica e água e salário dos funcionários, o que poderia eventualmente justificar os reajustes constatados, pois:

- não foram apresentadas notas fiscais de aquisição de combustíveis junto às distribuidoras/refinarias que demonstrassem o aumento do preço de compra;
- a nova alíquota de ICMS, não estava vigente na época, mas somente em abril/2015 (documento de fls.);
- na época havia previsão de redução da tarifa de energia, sendo que já havia ocorrido alteração de bandeira tarifária para menor (documento de fls.);
- o reajuste da tarifa do serviço de abastecimento de água não havia acontecido na época, visto que só ocorreram nas contas com vencimento a partir de abril/2016 (documento de fls.); e;
- a data-base da categoria de frentista não havia acontecido, visto que sua previsão era para o dia 1º de maio, não existindo, portanto, qualquer reajuste salarial (documento de fls.).

Além disso, não foi trazida aos autos prova de aumento de custo referente a aluguel de imóvel, taxas cobradas por administradoras de máquinas de cartão de crédito, serviço de telefonia fixa, ou quaisquer outros serviços que pudessem interferir na composição do preço de venda dos combustíveis aos consumidores.

Não bastasse, não se tem notícia do aumento excessivo da demanda ou de escassez da oferta de etanol e gasolina comum no mercado de consumo durante o referido período.

Desta feita, constata-se que, embora tenha sido amplamente oportunizada ao Fornecedor a possibilidade de justificar o reajuste do preço de seus produtos no período apurado, não foi apresentada qualquer argumentação plausível, ressaltando-se que eventuais prejuízos acumulados não se prestam a justificar os reajustes havidos, visto serem resultado das escolhas ou decisões adotadas pelo próprio fornecedor, único responsável pelo risco de sua atividade econômica.

Com efeito, sobre o risco do negócio ser ônus exclusivo do Fornecedor, convém novamente citar as lições de Rizzatto Nunes⁷, *in verbis*:

⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *idem*. p. 105/107.

“O outro aspecto fundamental para o entendimento do direito material do consumidor é o princípio que se extrai da harmonização dos demais princípios do art. 170 na relação com os outros mais relevantes (dignidade da pessoa humana, vida sadia, justiça etc.). É o risco da atividade do empreendedor.

É que a garantia da livre iniciativa em uma contrapartida: o empreendedor age porque quer. Cabe unicamente a ele decidir se vai explorar ou não o mercado.

Não está ele obrigado a desenvolver qualquer negócio ou atividade. Se o fizer e obtiver lucro, é legítimo que tenha o ganho. Mas, se sofrer perdas, elas também serão suas.

Assim, aquele que quer promover algum negócio lícito, pode fazê-lo, mas deve saber que assume integralmente o risco de a empreitada dar certo ou não. E o Código de Defesa do Consumidor assimilou do texto constitucional corretamente essa imposição.

Repise-se, então, que, do ponto de vista do texto constitucional, a possibilidade de produção implica um sistema capitalista de proteção e livre concorrência, o que importa em risco para aquele que vai ao mercado explorá-lo. [...]

É preciso que se afirme esse princípio do risco com todas as letras: a decisão de empreender é livre; o lucro decorrente dessa exploração é legítimo; o risco é total do empreendedor. Isso implica que, da mesma forma como ele não repassa o lucro para o consumidor, não pode, de maneira alguma, passar-lhe o risco. Nenhum risco, mesmo parcial, pode ser repassado. Ressalte-se que esse risco não pode ser dividido quer por meio de cláusula contratual, quer por meio de ações concretas ou comportamentos reais. Nem por norma infraconstitucional – que seria viciado por inconstitucionalidade – poder-se-ia transferir o risco da atividade para o consumidor.”

Desse modo, a mera alegação, por parte do Fornecedor, de que vinha amargando prejuízos em virtude dos preços praticados, o que teria ensejado o reajuste ora questionado, não é capaz de afastar a ocorrência de prática infrativa.

Nessa linha de ideias, não se pode argumentar que os preços, embora reajustados, estavam dentro dos parâmetros de mercado, haja vista que, consoante amplamente divulgado pela imprensa e se pôde constatar mediante análise dos documentos fornecidos pela Receita Estadual do Paraná e encaminhados pela Promotoria de Proteção e Defesa do Consumidor, no período apurado houve uma “onda” de reajustes na cidade, sendo que a quase totalidade dos postos revendedores realizou o aumento do preço praticado ao consumidor.

Assim, e por consequência lógica, se grande parte dos fornecedores aumenta seus preços, o “preço de mercado” também é elevado a patamar maior, eis o motivo pelo qual a média de mercado não serve como parâmetro *in casu*. Veja-se: diante do aumento em massa, ainda que o reajuste de preços praticados pelo fornecedor tenha se dado de maneira abusiva, seus preços não estariam em discrepância com o “preço de mercado”.

Ora, o reajuste abrupto do preço de produto essencial, sem que tenha havido qualquer variação nos itens que compõem o seu custo, indubitavelmente caracteriza a elevação do preço sem justa causa, prática abusiva tipificada no art. 39, inc. X, da Lei Federal nº 8.078/90⁸.

Sobre o reajuste de preço sem justa causa, Bruno Miragem⁹ leciona que:

“[...] o conceito de elevação sem justa causa de preços, prática abusiva prevista no artigo 39, X, do CDC, não se confunde com a de aumento arbitrário de lucros previsto na legislação concorrencial, nem pressupõe a existência de abuso de posição dominante como sustenta certa linha de interpretação no direito concorrencial. A elevação sem justa causa de preços é espécie de abuso no exercício da liberdade negocial do fornecedor, segundo a dogmática própria das práticas abusivas na legislação de defesa do consumidor.”

Destarte, o reajuste de preço praticado pelo posto revendedor sem qualquer causa aparente, no âmbito do direito consumerista, tipifica-se como prática abusiva.

⁸ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

⁹ MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. Disponível em http://brunomiragem.blogspot.com.br/2016_01_01_archive.html

Ademais, tal reajuste, nos moldes em que se deu, configura a exigência de vantagem manifestamente excessiva do consumidor, nos termos do art. 39, inc. V, da Lei Federal nº 8.078/90¹⁰.

Não bastasse, ao cometer tais práticas infrativas, o Fornecedor ainda violou direitos básicos dos consumidores, quais sejam, a proteção contra práticas abusivas, bem como a efetivação prevenção e reparação de danos, resguardados pelo art. 6º, incs. IV e VI, da Lei Federal nº 8.078/90¹¹, respectivamente.

De mais a mais, não é outro o entendimento dos tribunais por todo o país, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTAS IMPOSTA PELO PROCON DE LONDRINA REFERENTES A AUMENTOS ABUSIVOS NO ETANOL POR POSTOS DE COMBUSTÍVEIS. INFRAÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR CONFIGURADA (TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES ATENDIDA). VALORES DAS MULTAS.MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. FÓRMULA ADOTADA PELO PROCON QUE LEVA EM CONTA CIRCUNSTÂNCIAS E FATOS CONCRETOS. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS HÍGIDOS. SENTENÇA REFORMADA. DEMANDA IMPROCEDENTE. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA.APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PROVIDA. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO.”

(TJPR - 5ª C.Cível - ACR - 1212631-1 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - -J. 15.07.2014 - destaques não constantes do original)

“Agravo Regimental na Apelação cível. . Ação Civil Pública. Direito do Consumidor. Prática abusiva na venda de combustível. Dano moral coletivo.

¹⁰ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva

¹¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

1. É de se manter a sentença que alicerçada em ampla produção de prova censura a prática de lucro/preço excessivo na venda de combustível. 2. Ré que deixou de produzir prova de suas alegações - art. 333, II do CPC. 3. A previsão constitucional da livre iniciativa comercial não autoriza práticas abusivas, aí incluído o lucro excessivo e injustificado. Inteligência do §4º do art. 173 da CF c/c art. 6º VI e VII da CDC. 4. Caracterizado o dano moral coletivo impõe-se sua reparação que, na espécie, foi fixada em valor que atende à proporcionalidade e demais ditames legais pertinentes. 5. Precedentes da Corte local. 6. Agravo regimental que deixa de trazer argumentos capazes de reverter o decidido. Por isso, é conhecido e desprovido.”

(TJGO, APELACAO CIVEL 140745- 93.2014.8.09.0137, Rel. DR(A). MARCUS DA COSTA FERREIRA, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 11/08/2015, DJe 1853 de 21/08/2015)

Oportuno, ainda, transcrever trechos do acórdão referente à Apelação Cível nº 158138-31.2014.8.09.0137, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de Goiás, *in verbis*:

“[...]”

POIS BEM. O art. 170 da Constituição Federal, em seu inciso V, acolhe a defesa do consumidor como um dos postulados da Ordem Econômica. Veja-se:

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

(...)

V - defesa do consumidor;

(...)

De outra parte, o art. 39 da Lei n. 8.078/90 dispõe:

“É vedado ao fornecedor de produtos e Serviços:

(...)

V – Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

X – Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.”

Dos dispositivos acima transcritos, é possível extrair que diante da constatação de majoração excessiva/abusiva da margem de lucro auferida com a venda do produto etanol hidratado em prejuízo do consumidor, é cabível a intervenção estatal como medida de proteção. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. DEFESA DO CONSUMIDOR. AUMENTO INJUSTIFICADO NO PREÇO DE COMBUSTÍVEL (ETANOL HIDRATADO). PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL COLETIVO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA REEXAME DA DECISÃO JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE PREQUESTIONAMENTO.[...] 2. A intervenção do Estado na economia está prevista no artigo 174 da Constituição Federal, devendo ser compatibilizados os princípios fundamentais da ordem econômica, quais sejam, o da livre concorrência e da defesa do consumidor. 3. Diante da constatação de majoração excessiva/abusiva da margem de lucro auferida com a venda do produto etanol hidratado em prejuízo do consumidor (infração à ordem econômica), cabível a intervenção estatal como medida de proteção. [...]

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS, MAS REJEITADOS.

(TJGO, APELACAO CIVEL 158133-09.2014.8.09.0137, Rel. DR(A). CARLOS ROBERTO FAVARO, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 19/01/2016, DJe 1964 de 05/02/2016)

É importante frisar que apesar do preço de venda de combustível ao consumidor final não possuir tabelamento, sendo livre, a majoração do valor deve ser recedido de justificativa, não podendo se dar de forma aleatória e abusiva, sob pena de ferimento da norma constitucional retro apontada.

Desse modo, o controle ou punição por eventuais abusos do poder econômico não ofende princípios constitucionais; ao contrário, preserva-os e os fortalece.

[...]

Evidente, pois, que o aumento do lucro praticado pela empresa apelante foi arbitrário, evidenciando a abusividade contra os consumidores finais do produto.

Nesse ponto, o apelante insurge-se quanto ao critério utilizado (margem bruta de lucro) para análise da prática de abuso de preços na venda do etanol hidratado, mas sem qualquer razão.

Ora, muito embora tenha sido oportunizada a apresentação de documentos a fim de justificar os motivos determinantes para a majoração de preço, permaneceu o apelante em silêncio, acostando tanto na esfera administrativa quanto na judicial apenas notas fiscais de compra do combustível, deixando de apresentar planilhas de custos operacionais (receitas x despesas) e demais documentos imprescindíveis ao ponto.

Nesta via, não há possibilidade de se aferir a abusividade do preço praticado pela empresa apelante por outro meio senão através da margem bruta de lucro, consistente na diferença entre o preço da aquisição do produto pela empresa e o preço de venda ao consumidor final.

Sobre a mesma matéria, a jurisprudência deste Tribunal já manifestou:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. AUMENTO DO PREÇO DO COMBUSTÍVEL. JUSTA CAUSA NÃO COMPROVADA POR DESÍDIA DA EMPRESA RÉ. 1. Nas causas envolvendo direito do consumidor, presente a verossimilhança das alegações contidas na exordial e a hipossuficiência dos consumidores substituídos pelo Parquet, inexistente óbice ao deferimento da inversão do ônus da prova.

In casu, embora intimada, em sede administrativa, para fornecer os documentos que justificassem o aumento do preço dos combustíveis por ela comercializados, a empresa ré limitou-se a fornecer notas fiscais, deixando, todavia, de fornecer planilha de custos de sua atividade. Sendo assim, se a ré

se recusa a fornecer meios para se conhecer os custos inerentes à sua atividade financeira (o que, em tese, justificaria o aumento do preço de venda do combustível), não pode alegar, posteriormente, ser ilegal a decisão no processo administrativo que, considerando a margem bruta de lucro, concluiu que a empresa ré elevou, sem justa causa, o preço do combustível vendido por ela. 2. [...] Agravo interno desprovido. (TJGO, APELACAO CIVEL 140753-70.2014.8.09.0137, Rel. DES. ZACARIAS NEVES COELHO, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 26/05/2015, DJe 1796 de 03/06/2015)[...]

Destarte, conclui-se dos elementos constantes dos autos e da tabela transcrita na inicial, elaborada com base no levantamento de preços efetuados pelo PROCON municipal, a prática comercial abusiva por parte do recorrente que elevou o preço dos combustíveis, com o conseqüente aumento de sua margem de lucro, sem justa causa, pelo que deve ser mantida a sentença vergastada.”

(TJGO, APELACAO CIVEL 158138-31.2014.8.09.0137, Rel. DR(A). MAURÍCIO PORFÍRIO ROSA, 2ª Câmara Cível, julgado em 09/03/2016, DJe 1990 de 16/03/2016)

Destarte, uma vez demonstrada a fiel observância aos princípios constitucionais, além da possibilidade de atuação deste PROCON-LD no caso em tela, e, ainda, a ausência de justificativa para os reajustes constatados, há que se reconhecer a procedência da autuação em tela.

Dispositivo (omissis)

3. CONCLUSÃO

Sem esquecer da grande importância da defesa do consumidor entre os direitos e garantias individuais e coletivas, vale dizer que o constituinte não reduziu seu trabalho apenas à consecução do inc. XXXII, art. 5º, uma vez que, com o objetivo de firmar sua importância

dentro do ordenamento jurídico, a defesa do consumidor também foi inserida dentre os princípios da ordem econômica, no art. 170, inc. V¹².

Em uma concepção tradicional, segundo Pasini, a ordem econômica é a distribuição de poder de disposição efetiva sobre bens e serviços econômicos, que se produz consensualmente, segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o sentido desse poder fático de disposição, que repousa sobre o consenso¹³.

Como informa Zapater, a expressão *ordem econômica* pode ser averiguada em três acepções¹⁴. Em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta (é conceito do mundo do ser, portanto), ou seja, a relação entre fenômenos econômicos concretos, exprimindo a realidade de uma inerente articulação entre o econômico como fato. Em segundo, é a expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, é o sentido sociológico da ação econômica. E em terceiro, o sentido que parece ser o recepcionado pela Constituição Federal, no qual “ordem econômica” significa a ordem jurídica da economia, que tem por objetivo impor à economia uma regulação de obediência obrigatória, a ser observada por todo aquele que participe do mercado.

Nesses termos, o constituinte, no *caput* do art. 170, ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na iniciativa privada, a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, faz uma escolha ou uma opção sobre o fundamento e o fim da ordem econômica brasileira.

Quanto ao fundamento, dúvidas não restam no sentido de haver uma opção constitucional expressa sobre o acolhimento de um modelo capitalista de produção, ou por uma economia de mercado capitalista, visto que iniciativa privada e livre concorrência são alguns dos princípios basilares da ordem capitalista¹⁵.

¹² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

¹³ FONSECA, J. L. *Direito Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.45.

¹⁴ ZAPATER, T. C. A interpretação constitucional do CDC e a pessoa jurídica como consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 40, 2001, p. 186.

¹⁵ “Não há negar-se que o sistema capitalista é hoje temperado por graus diversos de intervenção do Estado na seara econômica, o que tem levado alguns autores a falarem na existência de uma forma de economia mista. No entanto, quer em termos econômicos, quer em termos jurídicos, a ordem econômica é ainda tributária de um desses dois modelos cardeais: capitalismo ou socialismo.” BASTOS, C. R. *Curso de Direito Econômico*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111.

No entanto, com relação à finalidade, percebe-se um abrandamento desse modelo, pois há uma priorização dos valores sociais e econômicos do trabalho humano, a fim de que sejam conciliados os desejos de crescimento e expansão, desse mesmo capital, mas com características sociais e econômicas distributivas, dentro dos ditames da justiça social¹⁶.

A opção capitalista, ainda que abrandada pela finalidade declinada, resta bem delineada, ao se observar que o art. 174, em seu *caput*, declara que o Estado exercerá, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público, e indicativo para o setor privado.

Nesse passo, a inserção é louvável, uma vez que nada adiantaria a elevação da defesa do consumidor à categoria de garantia individual e coletiva, caso não se fizesse a sua conciliação ou compatibilização com outros princípios de observação obrigatória, principalmente os de ordem econômica¹⁷.

Observa o constitucionalista Alexandre de Moraes, que essa nova visão constitucional, em termos de inovação no rol dos direitos humanos fundamentais, de proteção ao consumidor, deve ser compatibilizada com os preceitos de presença tradicional nas constituições brasileiras, como a livre iniciativa e a livre concorrência¹⁸.

Não obstante, resta claro que a Constituição de 1988 instituiu um dever obrigatório ao Estado, através da intervenção no domínio econômico, de trabalhar com o especial objetivo de alcançar seus fins, ou seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária, nos exatos termos propostos pelo art. 3º¹⁹.

Assim, quando a Constituição de 1988, no art. 170, inc. V, eleva a defesa do consumidor ao *status* de princípio essencial da ordem econômica, no mesmo plano dos princípios da

¹⁶ DA SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 754.

¹⁷ Eros Roberto Grau afirma que o conceito de ordem econômica muito se assemelha ao de *constituição econômica*, no que afirma: "Compreendo, a Constituição Econômica, conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de um determinado sistema econômico." (GRAU, E. R. Ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70).

¹⁸ MORAES, A. Constituição do Brasil Interpretada. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 285.

¹⁹ "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

soberania, da função social da propriedade, da livre concorrência, do meio ambiente²⁰, está estabelecendo uma série de obrigações por parte do Estado.

A mais importante, caminha no sentido de que o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, dentro de suas respectivas competências, não poderão privilegiar, por exemplo, a propriedade privada, ou a livre concorrência, em detrimento dos direitos do consumidor²¹, eis que estão em ordem de paridade principiológica²², não se podendo reverenciar a um deles, sem que sejam observadas possíveis ofensas aos demais²³.

Destarte, não é demais lembrar que a livre iniciativa também é fundamento da República (art. 1º, inc. IV, CF), fato que talvez poderia embasar uma falsa interpretação, no sentido de valorizá-la em demasia, e, em caso de conflitos com outros princípios da ordem econômica, deixá-la prevalecer na solução dos conflitos de interesses.

Tal atitude seria inadmissível, porque se estaria tomando a livre iniciativa como o único fundamento da República, o que não é o caso, pois a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, todos fundamentos republicanos, encontram suas exatas emanções econômicas nos princípios do art. 170, inclusive na defesa do consumidor²⁴.

Nesse sentido, Walter Ceneviva afirma que “com referência ao direito do consumidor o conteúdo material da normatividade inserida na Carta Magna é interpretado sistematicamente, no seu conjunto, evitada a leitura de norma isolada que privilegie a livre empresa ou ponha toda força no termo defesa em relação ao destinatário final do consumo.”²⁵.

Não obstante isso, é necessário ressaltar que a concepção da defesa do consumidor como princípio constitucional da ordem econômica (que poderia fundamentar interpretações apenas

²⁰ Com entendimento em contrário, está Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que enxerga na norma apenas uma ênfase da proteção do consumidor contra abusos praticados pelos fornecedores, e não um verdadeiro princípio da ordem econômica (*op. cit.*, p. 354).

²¹ “Alguns desses princípios se revelam mais tipicamente como objetivos da ordem econômica, como, por exemplo, o da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Mas todos podem ser considerados princípio, na medida em que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica.” DA SILVA, J. A *op. cit.* p. 758.

²²COMPARATO, F. K. A proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 80, 1990, p. 70-71.

²³BARROS, S. T. O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 153-179.

²⁴ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.039, DE 30 DE MAIO DE 1990. CRITÉRIOS DE REAJUSTE DAS MENSALIDADES ESCOLARES. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento abstrato de lucros. - ...” (STF - Pleno, Questão de Ordem, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/04/93, p. DJU de 30/04/93, p. 7563, inteiro teor disponível em <http://www.stf.gov.br>).

²⁵ CENEVIVA, W. Publicidade e Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 1991, p. 81.

com fundamento no fato econômico), não indica que a matéria consumerista possui origem e repercussões apenas nessa área.

Muito ao contrário, o que demonstra o legislador constitucional é o interesse de defender o consumidor em uma área de grande importância, mas sem esquecer que a *defesa do consumidor* exprime um conteúdo multifacetado e amplo, que apesar de ter grandes implicações econômicas, também possui consequências sociais, políticas e culturais que não podem ser excluídas de seu conteúdo²⁶.

Desse modo, foi imprescindível a intervenção do Estado, no presente caso, no plano municipal, a fim de se garantir que os princípios constitucionais econômicos, que devem ser obviamente valorizados, como a propriedade privada, ou a livre concorrência, não aconteçam em ofensa a outros princípios também referendados, como a defesa do consumidor, face a paridade principiológica, que deve ser obviamente harmonizada, como aconteceu através da referida decisão.

Com efeito, para que haja harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, é preciso que se mantenha o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de maneira que sejam garantidas formas de manutenção da atividade econômica, mas sem ameaça ou agressão aos interesses dos consumidores.

Nessa ordem de ideias, é inegável que a garantia da livre concorrência, aqui entendida em seu sentido econômico, na qualidade de situação na qual se encontram os agentes produtores, de estarem dispostos à competição de seus rivais, sem que haja a preponderância de algum ou alguns sobre todos os demais²⁷, é extremamente benéfica, tanto para os fornecedores, como para os consumidores²⁸.

²⁶ “Com efeito, tanto num quanto noutro, o que se discute e o que ocorre é a aplicação de recursos escassos em dadas finalidades. E, assim, o campo social integra o campo econômico. O vazo popular chama de *econômica* a construção de uma fábrica ou de uma estrada e considera *social* a construção de uma escola ou de um asilo. E, neste último caso, a escola ou o asilo serão ainda mais *sociais* se implantados por uma entidade beneficente ou mesmo por um ente público, como o município. É fácil verificar ter havido em ambos os casos uma decisão essencialmente econômica, desviando-se material de construção tanto da fábrica quanto da escola. A natureza do processo decisório é rigorosamente a mesma, pouco importando no caso a sua motivação.” NUSDEO, F. Curso de Economia. São Paulo: RT, 1997, p. 109.

²⁷ BASTOS, C. R. *op. cit.*, p. 145.

²⁸ “Caberia indagar sobre qual mercado é o mais benéfico para o consumidor. Seria sempre aquele que apresenta o mais elevado grau de competição? Autores menos ortodoxos, como Michael Best, apontam para o fato de que a cooperação entre empresas pode assumir a forma de oligopólios ou, ao menos, acordo sobre preços mínimos, o que, por sua vez, pode também gerar um efeito economicamente benéfico que indiretamente favorece o consumidor. Isto ocorrerá sempre que o acordo sobre preços mínimos importar na alocação dos recursos poupados no monitoramento e investimento no processo de melhoria da qualidade e inovação tecnológica, que repercute no aumento da competitividade.” MACEDO JR, R. P. Contratos Relacionais e a Defesa do Consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 288.

Para os fornecedores, com efeito, a acirrada competitividade que fundamenta e chancela a livre concorrência, acaba por implicar na melhoria direta de sua atividade econômica, pois estimula o desenvolvimento e o crescimento do processo técnico e científico, alcançando o maior angariamento de clientela consumidora, e, por consequência, do lucro esperado, garantindo a sua própria sobrevivência dentro do mercado.

Do lado dos consumidores, por sua vez, a livre concorrência também ocasiona expressivos benefícios, visto que esses passam a poder contar com uma multiplicidade de produtos e serviços, por fornecedores que disputam lugar dentro desse âmbito, em todos os aspectos que interessam aos consumidores, tais como: preço, qualidade, quantidade, condições e prazos de pagamento, *status* de consumo etc²⁹.

Assim, inegável a necessidade do Estado em intervir nos excessos praticados dentro do mercado de consumo, desde que constituam verdadeiros “abusos de direito”, expressão aqui entendida em seu sentido mais amplo, de violação do princípio geral de que os direitos devem ser exercidos dentro de certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade em vista da qual foram conferidos e tutelados³⁰.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

²⁹ “A livre concorrência é um esteio do sistema liberal porque é pelo seu jogo e funcionamento que os consumidores vêem assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. E, de outra parte, para quem se lança à atividade econômica é uma forma de obter a recompensa pela sua maior capacidade, dedicação e empenho, prosperando mais que os concorrentes.” BASTOS, C. R. *op. cit.*, p. 145.

³⁰ GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 141.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BARROS, S. T. O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, C. R. Curso de Direito Econômico. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

CENEVIVA, W. Publicidade e Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 1991.

COMPARATO, F. K. A proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 80, 1990.

DA SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

FONSECA, J. L. Direito Econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, O. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GRAU, E. R. Ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACEDO JR, R. P. Contratos Relacionais e a Defesa do Consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MIRAGEM, B. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. Disponível em http://brunomiragem.blogspot.com.br/2016_01_01_archive.html. Acesso em 23 de jul. de 2016.

NUNES, L. A. R. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NUSDEO, F. Curso de Economia. São Paulo: RT, 1997.

MORAES, A. Constituição do Brasil Interpretada. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZAPATER, T. C. A interpretação constitucional do CDC e a pessoa jurídica como consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 40, 2001.

PRISÕES CAUTELARES E OS NOVOS MEIOS ALTERNATIVOS TRAZIDOS PELA LEI N. 12.403/2011 SOB A LUZ DO GARANTISMO PENAL

Uliana Ferreira Lara

Especialista em Prática Criminal com ênfases em Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Execuções Criminais, Perícias Criminais e Medicina Forense pela Faculdade Arthur Thomas (LLM Master of Laws). Bacharel em Direito pela Faculdade Arthur Thomas. Advogada. Inventariante Judicial.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de explicar sobre as medidas cautelares que foram inseridas na legislação processual penal, com a lei n. 12.403/2011, que, são diversas das prisões cautelares. Para chegar ao conhecimento das medidas de cautela, se faz necessário conhecer das espécies de prisão cautelar que pode ser substituída pela medida alternativa, trazendo maior amplitude aos direitos que goza o acusado. Neste sentido, o garantismo penal é o princípio máximo que se exalta na aplicação das medidas cautelares, quando utilizadas pelo Estado Juiz. Quando aplicadas, o direito de liberdade – premissa fundamental – bem como a dignidade da pessoa humana do acusado permanecem intactos, dando sentido à Constituição Federal conhecida como “cidadã”. É possível verificar a aplicação dessas sanções de cautela, obedecendo ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado, sem deixar o papel do *jus puniendi* e da ressocialização se esvaír, por conta da não aplicação de recolhimento prisional do acusado.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Cautelar. Meios Alternativos. Mínima Intervenção do Estado. Garantismo Penal e as Medidas Cautelares.

ABSTRACT: This paper aims to explain about the precautionary measures that were entered in criminal procedure legislation, the law number 12.403/2011, which are different from precautionary arrests. To achieve knowledge of cautionary measures, it is necessary to know the species of precautionary arrests that can be replaced by alternative measure, bringing greater breadth to the rights enjoyed by the accused. In this sense, the penal garantism is the maximum principle that is exalted in the application of the precautionary measures, when used by the state in its judicial capacity. When these are applied, the right to freedom - the fundamental premise - and the human dignity of the accused remain intact, giving meaning to the Constitution known as "citizen". It is possible to verify the implementation of these cautionary feathers, according to the Principle of Minimal Intervention of the State, without leave disappear the role of *jus puniendi* and resocialization, due to the non-application of the accused's prison.

KEYWORDS: Cautionary Arrest. Alternative Means. Minimal Intervention of the State. Penal Garantism and The Cautionary Measures.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de penas no Brasil foi instituído em 1941 com a Legislação Penal de forma que não afetasse as condições humanas – assim preservando a Dignidade da Pessoa Humana - e outros princípios fundamentais e imprescindíveis ressaltados na Constituição Federal. São importantes meios de punição criados pelo Poder Legislativo, com o intuito de sancionar o sujeito infrator.

Do crime até a sentença penal condenatória, existem espécies diferentes de prisão, sendo estas: prisão em flagrante delito; prisão preventiva e prisão temporária. São consideradas medidas cautelares, por visar à celeridade processual, proteger a vítima e até mesmo o acusado, e por resguardar a instrução criminal.

Com a vigência da lei nº 12.403/2011, medidas foram criadas para manter o acusado fora do sistema penitenciário. Isso se dá por diversas razões, a mais lógica sendo a supersaturação do sistema carcerário brasileiro. Também deve ser levado em conta que nem todos os crimes afetam a vítima em qualquer de seus bens violados. (os chamados “crimes de menor potencial ofensivo”); não se fazendo necessário manter o réu encarcerado.

Os nove meios trazidos por esta Lei são aplicados pelo Poder Judiciário de acordo com o caso concreto e o que a Legislação permite, seguindo o princípio da Supremacia Legal, devendo obedecer a regra de que, ausente os requisitos para decretar a prisão preventiva, deve ser concedido a liberdade provisória ou ser deferido um dos meios alternativos elencados.

Portanto, os meios alternativos devem bastar durante a ação penal, não sendo necessário que as espécies de prisões trazidas pelo Código tão arcaico sejam aplicadas, devido a uma série de elementos que impossibilitam decretar prisão a todos os acusados que passam pelos Tribunais Criminais.

2. PRISÕES CAUTELARES

2.1 Conceito

O sistema de punição na história da humanidade vem se aperfeiçoando desde que se tem registro. Esta evolução tem sido de suma importância, respeitando o Garantismo Penal, pois só

agora os direitos do condenado são (ou pelo menos, devem ser) respeitados. Até chegar nesta benesse que conta o acusado, em lhe serem concedidos direitos, apesar deste ter retirado direito alheio, muitas intervenções precisaram ocorrer, pois pela lei da vida, contando apenas com a Autotutela, aquele que invade direito de outrem, nada lhe deve ser assegurado.

Ocorre que, para não reduzir ao nível daquele que cometeu um ato ilícito, pois a premissa do Estado não é "pagar com a mesma moeda", a punibilidade de um transgressor é paga, em regra, com a supressão de seus direitos, inclusive o de liberdade (entendida aqui como a de ir e vir). Se considerado fosse como antigamente, os crimes teriam punições tão cruéis que o detentor do *jus puniendi* cometeria algo tão mais grave que o cometido pelo infrator, tornando o ato de punir, maneira cruel de se retribuir o dano causado pelo crime, sem jamais ter seu real valor alcançado - a ressocialização.

Esmiuçando desde o início tem-se que, além das penas que retiram a liberdade, existe ainda, a pena de morte. Demorou até 1978 para que esse ato desumano fosse de uma vez, extirpado - mas não todo - do nosso ordenamento jurídico. Essa medida totalmente contraditória de punir está positivada em nossa Lei Maior no artigo 5º inciso LXVII, como meio de exceção em casos de guerra.

Assim, procurando distanciar-se do primitivo, o Estado Democrático Brasileiro buscou outras espécies de privações à pessoa infratora, com o intuito de puni-la pelo ato cometido, e de devolvê-la à sociedade "purificada" para que não voltasse a cometer deslizes criminosos. As prisões tomaram forma, com relação à quantidade de tempo em manutenção do acusado detido, seu momento processual adequado, bem como sua finalidade.

2.2 Espécies

2.2.1 Prisão em Flagrante Delito

Cada espécie de pena tem seu próprio propósito, e também o legitimado a sua propositura. Tem-se o conceito preciso de Capez (2010, p. 307) "(...) medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, (...), de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido um crime ou contravenção". Como o nome em latim sugere, é o crime que acabou de ser cometido, ainda está latente a autoria e materialidade.

A legitimidade para sua propositura é determinada pelo Código de Processo Penal em seu artigo 301, podendo partir de qualquer pessoa, sendo cidadã ou autoridade competente. Dentro desta espécie, ramifica-se em várias possibilidades da efetuação da mesma, podendo ser própria, quando o agente passivo (que sofre a prisão - agente ativo do delito) é detido no momento que comete o crime ou logo após ter cometido e o meio impróprio, quando há perseguição da pessoa que supostamente é o autor.

Prosseguindo na Lei Processual vigente, o artigo 306 e seu parágrafo primeiro declaram como deve prosseguir o auto de prisão em flagrante, afinal, como sendo espécie de prisão cautelar, de direito do Estado, deve ser documentada e registrada, para todos os fins legais, e sempre respeitando a Lei Fundante, em seu artigo 5º inciso LXII.

Nesta espécie de cerceamento de liberdade, por ser anterior à ação penal, não há contraditório nem ampla defesa, mas há produção de provas - oitiva de testemunhas, condutores e do acusado - que pode ser usado em favor do detido, se a ação penal tomar curso.

Assim, efetivada esta modalidade de prisão, só permanecerá privado da liberdade de locomoção se obedecer aos requisitos que decretam a prisão preventiva, que é a melhor fundamentação legal que motiva a prisão. “Duas circunstâncias são as melhores: assegurar o resultado final e garantir a prosseguimento da ação penal” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 487).

O prazo para a entrega de nota de culpa, de encaminhamento do auto de prisão ao juiz é de 24 horas, conforme modificação trazida pela nova lei ao artigo 306 do Código de Processo Penal.

2.2.2 Prisão Preventiva

Esta modalidade vem assegurar o bom desenvolvimento da ação penal, durante um período determinado do processo, sendo este, o recebimento da denúncia até o término da coleta de provas, conforme dispõe o Código de Processo Penal nos artigos 402, 411 §2º e 533.

Assim como as demais, deve ser considerado que esta prisão não declara o acusado como criminoso ou condenado, como bem explica a súmula 9 do STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” e o jurista Capez (2010, p. 322)

A prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado).

Enfim, a aplicação da pena pelo Julgador deve ser fundamentada, “já que a prisão cautelar tem natureza coativa, atingindo bem fundamental do acusado, sendo este, a liberdade” (MARQUES, 2009, p. 21). Como a prisão cautelar tem finalidade de garantia durante o curso do processo, neste caso, já torna incabível a finalidade basilar da prisão pena, que seria a punição e a ressocialização.

Por Marques (2009, p. 37), “(...) a prisão preventiva é a mais genuína das formas de prisão cautelar. Consiste ela na prisão do réu, por ordem judicial”. Sendo assim, o juiz que decretar esta medida cautelar tem que comprovar sua real necessidade.

Algumas medidas necessitam ser aplicadas para a própria segurança do acusado, nos casos de crimes de grande comoção pública. É um paternalismo penal imprescindível ao acusado, por mais que infrinja sua liberdade, esse forçado aprisionamento busca resguardar direito maior do próprio criminoso: a vida e a integridade física.

Há pressupostos a serem seguidos para a aplicação desta medida cautelar, sendo: a natureza do crime; probabilidade de condenação; o *periculum in mora*; o controle jurisdicional prévio. Os meios de prova trazidos até a primeira decisão são os que motivam cada um desses pressupostos. A natureza do crime e o *periculum in mora* são comprovados através do inquérito policial, laudo pericial, provas trazidas pela oitiva e também pela defesa e acusação. O controle jurisdicional prévio está intimamente ligado ao poder do Estado em tutelar a segurança e aplicar o *jus puniendi*. Portanto, tem-se a explicação de Marques (2009, p. 45)

Tanto a prisão preventiva obrigatória como a facultativa somente podem ser impostas depois de decretadas em decisão de órgão judiciário. [...] Embora proferida a decisão *inaudita altera partes*, isto é, sem audiência do réu ou indiciado, a medida é puramente jurisdicional, pois que se aplica a situação contenciosa em que estão em conflito o poder cautelar do Estado e o direito de liberdade do réu.

Sobre seus fundamentos, tem-se que a prova de existência do crime dá ao Juízo a certeza de que houve infração penal, e o indício suficiente de autoria é a suspeita fundada pelas provas ténues até então trazidas que indica o autor do delito. Sobre ambas, pode facilmente ser reparado da fragilidade que se encontram quando da primeira decisão do juízo, que decide sobre a prisão preventiva.

Contra sua decretação, em favor do réu, cabe *habeas corpus*, e em favor da acusação, na decisão que denega a prisão preventiva, caberá recurso em sentido estrito. “É claro que, como medida cautelar, não dura infinitamente, não importando ser por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório” (NUCCI, 2012, p. 605). Portanto, com finalidade de fazer valer a premissa do princípio da razoabilidade, o processo deve ter instrução acelerada, permitindo um prazo menor de prisão preventiva.

2.2.3 Prisão Temporária

Por último, ainda temos a prisão temporária. “Como decretada na fase de inquérito, faz parte esta das prisões cautelares, embora sem *fumus bonni juris* e *periculum in mora*, sendo decretada pelo juiz” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 497). A falta destes requisitos é que é aplicada durante o processo investigatório, e como também não há contraditório e ampla defesa, não obedece estes requisitos, mas é considerada como medida cautelar porque protege a aplicação da lei penal, o desenvolvimento de ato processual e não é prisão pena.

Esta, tem prazo específico para manutenção do indiciado aprisionado, sendo (regra geral) de 5 dias, prorrogável por mais 5, caso haja muita necessidade. Não pode ser decretada de ofício, devendo ser instigada pelo Ministério Público ou autoridade policial, após, deve o juiz, em 24 horas, decidir por sua decretação. No caso de requerimento por autoridade policial, a ponderação do Ministério Público é imprescindível.

Deve o indiciado ser imediatamente comunicado. Após este prazo de aprisionamento, o acusado deve ser posto em liberdade. Um requisito de garantia ao seu direito, é que, pelo menos em teoria, este detento deve estar preso em separado dos demais.

É cabível nas hipóteses trazidas pela Lei n. 7.960/1989, acrescentada pela Lei n. 8.072/1990 aumentando o prazo de cinco dias para trinta dias prorrogáveis por mais trinta, nas práticas de crimes hediondos, sendo estas: quando indispensável para o inquérito policial, o criminoso

não possuir residência fixa ou não fornecer elementos que o identifique; ou ainda, nos crimes onde houver fundadas razões, que caracterizam na ofensa à vida ou integridade física, e que causam grande comoção pública.

Sobre sua imposição, nas palavras de Greco (2009, p. 260)

A fundada suspeita de autoria ou participação num dos crimes nele relacionados institui a presunção da necessidade da prisão, mas não será ela automática. Deverá, sempre, o juiz verificar se é dotada de necessidade ou, pelo menos, utilidade para as investigações ou para a preservação da ordem pública.

Partindo deste pressuposto, após decretada esta modalidade de prisão, “a nota de culpa deve ser imediatamente fornecida ao preso e a autoridade policial deve comunicar o detento de seus direitos constitucionais, sob pena de nulidade da ação detentora” (BONFIM, 2009, p.425). Ocorre que, esta tese utilizada para a necessidade da prisão temporária é um tanto quanto inconstitucional, visto que, “afronta a estado de inocência, a pessoa ser detida através de prisão temporária sendo somente suspeita de um ato ilícito” (CAPEZ, 2010, p. 328).

Independentemente de alvará de soltura, o acusado deve ser imediatamente posto em liberdade. Na prática, esta prisão é convertida em prisão preventiva, pela necessidade de manter enclausurado o acusado. O recurso contra decisão que decreta esta prisão é *habeas corpus*, e na que indefere, é o recurso em sentido estrito.

3. ESPÉCIES DOS MEIOS ALTERNATIVOS

3.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

Começando pela primeira, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas em determinação judicial, para informar e justificar atividade, visa a proteção da aplicação da lei penal, uma vez que controla o cotidiano e o paradeiro do acusado, permitindo-o a

liberdade, mas que preste contas ao juízo, assim sua presença física é a prova de que está cumprindo a pena corretamente.

Em uma melhor explicação, disserta Gomes (2011, p. 12)

Trata-se de medida semelhante à prevista no inciso IV do artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Assumido pelo agente o compromisso, fica ele adstrito a comparecer em juízo periodicamente para justificar as atividades e inclusive informar mudança de endereço dentro dos limites da Comarca enquanto perdurar o processo, devendo o juiz fixar a periodicidade das apresentações a requerimento do Ministério Público.

Sua finalidade principal é vincular o acusado à ação penal, evitando uma possível fuga e ao mesmo tempo, serve para comprovar se o mesmo está ocupando-se de atividades lícitas, demonstrando sua ressocialização ao juízo, em muito lhe beneficiando no momento da aplicação da sentença.

Como medida de evitar a prisão cautelar e ao mesmo tempo beneficiar o acusado, esta tem benefícios palpáveis, e como já presente no Código Penal como condição da aplicação do *sursis*, é um meio alternativo muito aplicado nas ações penais, por ser meio conhecido, pois já estava descrito na Lei de Execução Penal. As jurisprudências demonstram que já era muito utilizado anteriormente, e continua sendo aplicada.

Este benefício deve ser aplicado não só pensando no acusado, em seu direito de responder em liberdade provisória; como pensa Farias (2011, p. 34) “(...) não cabendo manter o réu preso, por não estarem presentes os requisitos dos arts. 312 e 313, (...) deverá o juiz adotar as medidas cautelares previstas no art. 319 do nosso Código de Processo Penal brasileiro”. Mas também como uma forma de aliviar o sistema carcerário, uma vez que, mais prejudica do que é eficaz em suas premissas maiores.

Assim, pensando dessa maneira, a imposição destes meios alternativos, durante a concessão da liberdade provisória, auxilia a desafogar os presídios ao mesmo tempo em que proporciona aos indivíduos que sofrem com ações penais a responder pelo ilícito gozando de um bem maior, o direito de ir e vir; sem deixar de cumprir com as penalidades impostas pelo Estado, de forma mais branda.

Sua imposição depende, assim como as demais, de uma série de fatores, tais como: o menor potencial lesivo da conduta, os bons antecedentes e outros mais analisados criteriosamente pelo juízo; no requerimento das partes ou por imposição de ofício, e como leciona Capez (2012, p. 346) “(...) há discricionariedade para a autoridade judiciária avaliar a sua necessidade. Por isso, a lei diz que o juiz imporá, *se for o caso*, as medidas cautelares previstas no art. 319”.

3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares também já estava presente, mas na Lei de Execuções Penais, tem como premissa maior – do ponto de vista do acusado – protegê-lo de si mesmo, por circunstâncias relacionadas ao fato. Vê-se, se o indiciado tem tendências alcoólatras, se fica sem imposição proibitiva, nada o impede de embriagar-se e assim, praticar crimes que, se sóbrio não o faria.

Pelo lado do Estado e vítima, a proteção é de ordem pública, pois se, cometido o crime por ocorrência do local em que se encontra, proibindo-o de lá permanecer, diminui consideravelmente as chances de voltar a cometer o mesmo delito, ou até outros.

Nas considerações de Gomes (2011, p. 183) “a medida, portanto, deve guardar relação com a natureza do delito [...], caso contrário funcionará apenas como castigo preventivo”. Pensando dessa forma, o acusado não saberá qual a finalidade de medida imposta, devendo assim, ter total relação o lugar com o crime cometido.

Assim como a prisão preventiva, a premissa das medidas cautelares diversas da prisão é garantir o cumprimento do processo até o fim, e sendo estas suficientes, a necessidade da prisão é extinta. Neste diapasão, Capez (2012, p. 346) ensina:

A Lei n. 12.403/2011 ofertou ao juiz um extenso rol de alternativas capazes de produzir o mesmo efeito garantidor, com a mesma eficácia. Conforme já salientado, se houver uma providência cautelar menos gravosa que seja suficiente para atingir os fins garantidores do processo, a prisão será considerada sem justa causa, caracterizando constrangimento ilegal.

Portanto, se suficiente a aplicação desta medida, cumuladas com outras que auxiliem o cumprimento desta, o desenrolar da ação penal será resguardado, cumprindo com o fim disposto.

3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o acusado dela permanecer distante – pelo entendimento de Nicollitt (2011, p. 66) “nesse caso, há total compatibilidade com a Constituição, vez que tem nítida raiz cautelar, destinada à prevenção de determinada pessoa (...), sendo importante para preservação da prova”.

Sua aparição foi na Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006 – artigo 22 inciso II alínea “c”, trazendo um resguardo tão palpável à vítima, praticando a proteção à vida, bem maior defendido pelo Estado. Esta proteção foi estabelecida diante da eminente necessidade de tutelar a vítima – neste caso, a mulher – que encontrava-se no mesmo ambiente que o sujeito ativo.

Verifica-se que esta lei foi tardia, demorando anos e anos a garantir a segurança a estes sujeitos passivos, e, depois da vigência desta, mais 05 anos até que tutelasse a todas as outras vítimas, e não só aquelas de violência doméstica, estendendo assim, segurança a todos que necessitassem desta medida.

Nesta modalidade, a proteção é individual, e não mais de ordem pública, vedando o contato com a pessoa prejudicada pelo delito motivo da ação penal. Neste contexto, o contato é vedado por completo, não podendo acontecer pessoalmente, nem por outros meios. Nesta visão, disserta Gomes (2011, p. 183)

A expressão “permanecer distante”, contida no dispositivo, deve ser tomada em seu sentido amplo, e não apenas como sinônimo de distância. O indiciado ou acusado deve se abster de qualquer contato com a pessoa (contato telefônico, eletrônico etc.). De nada adianta o juiz determinar o afastamento físico, se o suposto infrator continuar perturbando e atemorizando a pessoa com telefonemas, mensagens eletrônicas ou algo semelhante.

Assim, aplicada pelo juízo, deve ser meticulosamente cumprida, pois, assim como as demais, seu descumprimento gera a aplicação da prisão cautelar. O depoimento da vítima é muito eficaz para comprovar o cumprimento desta medida, assim como de outras testemunhas.

3.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

A proibição de ausentar-se da comarca está ligada a evitar a fuga do acusado, estando relacionada à aplicação da lei penal. Pode, também, tutelar a produção de provas em casos onde seja necessário o reconhecimento de pessoas ou a acareação (NUCCI, 2011, p. 567).

Neste sentido, a garantia da investigação criminal se deve pelo fato de que o indiciado estará sempre na comarca à disposição do juízo, para eventuais necessidades no decorrer do processo. Se demonstrado grande tendência do acusado em fugir, a prisão preventiva é a medida que se impõe.

Para fazer claro o exposto, Capez (2012, p. 347) evidencia o *periculum libertatis* caso a medida seja levemente imposta:

A medida cautelar aqui objetiva impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Sem ela, não se chegará à verdade real, sendo evidente o *periculum in mora*.

Muitas etapas imprescindíveis podem se extirpar se o acusado demonstrar que quer prejudicar a investigação, cabendo ao julgador aplicar um juízo de valor e avaliar o comportamento do acusado.

Como é medida cautelar de benefício ao acusado e ao Estado, a expressão “conveniente” que descreve este inciso não deve ser muito considerada, pois se decretada pelo juízo, ou é necessária ao desenrolar processual ou é descabida (GOMES, 2011, p. 184), por isso, deve ser aplicada devidamente.

A aplicação do meio acima é de suma importância devido à primariedade do acusado, vedando-o assim, a prática do delito novamente. Esta medida objetivou a segurança do Estado em estar em contínuo contato com o acusado, muito relacionado com o inciso I, que para seu devido cumprimento, a imposição do inciso IV é necessária.

3.5 Inciso V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

O recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, é previsto quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, sendo uma medida de assegurar a aplicação da lei penal. Claro que, o monitoramento do Estado é vital, para evitar fuga e colaborar com os meios de prova.

Neste caso, é como se prisão domiciliar fosse, com a diferenciação de que, neste caso, é só no período de descanso; assim, o acusado tem o alvedrio maior de sair para o labor, devendo retornar imediatamente para a residência após esse período, trazendo maior amplitude do primado que é a liberdade.

O sentido da norma não interpõe o horário de cumprimento, porque se trabalhar a noite o acusado, a medida deve ser cumprida durante o dia, e no contrário também. O meio alternativo não deve ser interpretado *ipsis litteris*, necessário buscar o sentido da norma (NICOLLIT, 2011, p. 68).

Porém, sua eficácia depende de políticas públicas que visam a instalação de Centrais de Monitoramento Eletrônico por todo o país. Implementadas, as cautelares diversas figurarão como alternativas eficazes à prisão preventiva. Neste caso, o monitoramento eletrônico é meio de identificar o cumprimento da medida de forma exata; o que é custoso para o Estado, tornando o meio inviável, mas não impossível.

Por Petri (2012) “A medida cautelar descrita nesse inciso está baseada na autodisciplina e no senso de responsabilidade do acusado, surgindo aqui novamente à dificuldade da fiscalização quanto ao cumprimento da medida”, ou seja, demonstra que esta medida foi criada para criminosos com baixa tendência de criminalidade e para delitos sem grau elevado de ofensividade.

Assim, o uso do artigo 59 do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)

O citado artigo deve servir ao Juízo no sentido de apurar a utilização deste meio como imposição de sanção cautelar. Na verificação de antecedentes que prejudiquem a aplicação da medida, deve o Estado Juiz decidir pela segurança pública e jurídica, a fim de propiciar desenvolvimento processual com celeridade e garantia da ordem pública.

Há casos em que, apenas na concessão concreta do meio alternativo, se fará prova ao juízo de que o acusado cumprirá a medida corretamente; assim dependerá muito da avaliação deste, da situação concreta, se a medida é suficiente para a manutenção do acusado em liberdade provisória ou não.

3.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

Visando sanar o *periculum libertatis* em casos de investigação de crimes contra a Administração Pública, onde a suspensão das atividades evitará a prática de novos delitos até que ocorra o julgamento, causa a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, concluindo mais um dos meios alternativos à prisão cautelar.

É para esta finalidade que é criada esta medida cautelar, visando dar maior segurança à Administração Pública, bem como, à ação penal. Já conhecida no meio jurídico como pena restritiva de direitos do artigo 47 inciso I do Código Penal, serve para afastar o acusado do meio público, onde labora, vedando-o a prática reiterada do crime.

Neste diapasão, tem-se a expressão de Capez (2012, p. 348) "(...) aqui a finalidade é impedir que o agente, solto, continue a praticar delitos". Como medida cautelar, de suspensão apenas, se ao final, a sentença for positiva, o mesmo não é retirado de seu trabalho. Mas isso não impede uma ação/sanção administrativa.

A necessidade desta medida é agasalhar a instrução criminal, como a maioria, mas voltada para um parâmetro específico: resguardar provas. Como explica Nicollit (2011, p. 69)

[...] a medida só pode ser aplicada para a garantia da instrução criminal fundada no receio de que o agente, valendo-se de sua função ou atividade, destrua documentos, intimide testemunhas ou altere situações fáticas. Dessa forma, a única interpretação constitucionalmente válida do dispositivo seria aquela que reserva a medida em função do 'justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais', tais como: coação no curso do processo (art. 344, CP); fraude processual (art. 347, CP) e sonegação de papel ou objeto probatório (art. 356, CP).

Como crime próprio, apenas quem exerce função pública sofrerá este meio no curso do processo. Assim, os crimes cometidos que podem receber esta concessão de liberdade provisória são limitados aos artigos 312 à 327 do Código Penal. Esta mudança da lei foi muito útil para afastar o acusado do meio público, com a finalidade deste não prejudicar provas, porém, nem sempre a aplicação desta medida apenas é suficiente.

Pode ocorrer de o Juízo decidir por vedar o acesso ao acusado às repartições públicas, proibindo-o de coagir outras pessoas. Como colocado por Almeida (2011, p. 92)

Poderá ocorrer, todavia, que somente o afastamento do cargo ou função não se mostre suficiente, dado o círculo de influência do acusado ou réu e a facilidade não somente de acesso ao local de trabalho, mas também a pessoas que com ele mantém estreita ligação e poderiam auxiliá-lo na ocultação de provas, manipulação de documentos e registros de interesse para a persecução penal ou mesmo colaborando para persuadir testemunhas de acusação. Em situações assim, razoável seria também se pensar na determinação de proibição de acesso ou frequência às dependências do órgão público de lotação ou da instituição e suas filias ou sucursais.

Assim, o afastamento não fica restrito apenas ao setor onde trabalha, visando a assegurar os meios de prova em direito admitidos. É latente a necessidade de utilização da medida de

cautela, para evitar a prática de novos crimes no mesmo meio público, assim, sábia a decisão que optou por resguardar a Administração Pública e também o direito constitucional de liberdade do acusado.

3.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração

Este meio alternativo exige mais do que simples juízo de valor do órgão julgador. Nos demais casos de medidas de cautela, o juiz sempre pondera com necessidade e adequação, a aplicação deste benefício ao acusado, mas no presente caso, haverá a necessidade de perícia médica, para analisar a inimputabilidade do sujeito ativo.

Este dispositivo surge com a função de eliminar uma lacuna existente no que se refere às prisões provisórias de doentes mentais, sendo que agora, devem ser destinados à internação provisória e não mais à prisão preventiva comum, como ocorria antes da edição lei.

Conforme preceitos de Capez (2012, p. 339)

Não há como estar em liberdade provisória internado em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A inserção da internação provisória como medida restritiva que acompanha a liberdade provisória, constitui uma contradição.

Portanto, esta medida surge como uma cautelar, porém assemelha-se com a prisão domiciliar ou especial, pois de qualquer forma, o acusado estará detido.

O benefício permitido é o do Instituto da Detração, pois se já está avaliado através de laudo médico como semi ou inimputável, ao final, se procedente a demanda penal, os dias de cumprimento de medida provisória serão contados para o cumprimento da pena, uma vez que, é permitido pelo artigo 42 da Lei Penal.

Uma particularidade desta medida é que, não basta apenas a comprovação de inimputabilidade, mas também uma conclusão sobre a periculosidade do agente. Neste sentido, Barichello (2012, p. 204)

Para que ocorra a medida de internação provisória, prevista neste dispositivo, não basta que esteja comprovado nos autos que o acusado seja inimputável ou semi-imputável, sendo necessário concluir que este apresenta acentuada periculosidade, gerando riscos de reiteração da conduta criminosa. Tal medida, entretanto, somente poderá ser aplicada no curso da ação penal, já que o legislador referiu-se apenas ao acusado, omitindo intencionalmente o termo investigado, presente em outros incisos.

Assim, se apontado por uma das partes, e realizado o exame médico, a inimputabilidade gerará esta medida cautelar, caso o juiz ache válido, no presente caso, aplicá-la. E como o acusado se manterá vigiado, é meio acautelatório a todos.

3.8 Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

A fiança é instituto que já existia no processo penal, como garantia real dada para o preso para que lhe seja permitido responder o processo em liberdade. Visa substituir a prisão preventiva, vinculando o acusado ao processo por meio de bens ou dinheiro depositados em juízo. “Objetiva a reparação de danos às vítimas e o cobrimento de custas processuais em caso de condenação” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 258).

Apesar de já existir, a nova Lei alterou os dispositivos e assim, muitas alterações compuseram este instituto. Sua finalidade na premissa maior é dada pelo conceito cristalino de Nucci (2012, p. 625)

A finalidade da fiança é assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o inquérito policial ou o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições. Entregando valores seus ao Estado, estaria vinculado ao acompanhamento da instrução e interessado em apresentar-se, em caso de condenação, para obter, de volta, o que pagou.

Assim, como a fiança é meio que afeta a economia do acusado, faz com que seja de imediato penalizado. E esta garantia monetária também serve para assegurar indenização aos danos causados à vítima. Uma novidade trazida pela Lei é que agora, há amplitude de aplicação da medida de cautela para o Delegado de Polícia, onde crimes com reclusão de 1 a 4 anos podem ser sancionados por este órgão, tornando-o bastante competente.

Neste diapasão, Farias (2011, p. 36) disserta que “(...) uma vasta lista de crimes previstos no Código Penal brasileiro poderá ser arbitrada pelo Delegado de Polícia, tais como: homicídio culposo (...); sequestro (...); furto simples”. Diminui a necessidade do órgão judiciário manifestar-se quanto ao tema, visando a prevalecer a celeridade processual.

Prosseguindo, ainda há crimes que não contemplam a fiança como meio alternativo à prisão, sendo estes; racismo, tortura, tráfico ilícito, crimes cometidos por grupos armados, os que tiverem quebrado fiança anteriormente, casos de prisão civil ou militar, quando há prisão preventiva é a medida que se impõe.

A fiança contempla duas espécies, sendo estas: por depósito ou hipoteca. A natureza da infração, que é motivo relevante para a concessão dos meios alternativos, neste ponto não é diferente, pois é questão a ser analisada pelo juízo para a aplicação. Os artigos 325 e 326 da Lei Processual Penal regram esta concessão, e pelas palavras de Nucci (2012, p. 629) “(...) o principal critério para o estabelecimento do montante específico da fiança é a situação econômica do réu”.

Analisando este importante ponto, explica Capez (2012, p. 352)

Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do Código e a outras medidas cautelares.

A Constituição Federal é clara quanto à prisão e fiança. Seu artigo 5º, LXVI estabeleceu o princípio de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança. Portanto, nos casos em que o acusado não tem condições de arcar com este meio de cautela, deve o Estado Juiz optar por outros meios que substituam a prisão cautelar.

Sobre a parte final do inciso, sua aplicação serve como modalidade de multa, devido a resistência do acusado a comparecimento a ato judicial ou desobediência à ordem do juízo. Neste sentido, Barrichello (2011, p. 204)

Será cabível fiança, de igual forma, quando houver resistência injustificada à ordem judicial. Sendo assim, havendo resistência injustificada à ordem do magistrado, poderá ser imposta ao réu fiança, no lugar da decretação de prisão preventiva.

Assim, a utilização da fiança, apesar de estar em desuso, devido à falta de capacidade de adimpli-la, é medida que pode ser utilizada.

3.9 Monitoração Eletrônica

A Lei n. 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal possibilitou esta benesse à legislação brasileira – para condenados, e assim, a Lei n. 12.403/2011 veio reforçar este sistema de medida alternativa. A criação da monitoração eletrônica representa um progresso tecnológico com relevância jurídica, social e científica, pois permite fiscalizar o cumprimento das medidas judiciais impostas; localizar o indivíduo e utilizar a prisão eletrônica como um eficiente meio alternativo, capaz de substituir a prisão cautelar e definitiva.

Este avanço é demonstrado por Capez (2012, p. 347) “(...) possibilitou que esse sistema tecnológico fosse utilizado antes da sentença penal condenatória, isto é, no curso da investigação criminal (...)”.

A importância social da matéria se dá porque o referido dispositivo eletrônico permite incrementar o nível de segurança coletiva e, também, fiscalizar diferentes situações fáticas que, em regra, não são acompanhadas pelo Estado. Também, este mecanismo pode afastar o contágio criminal de presos e a difusão dos efeitos negativos causados pela atual estrutura penitenciária.

Porém, só ocorre se dois fatores preponderantes estiverem unidos: a efetiva aplicação da medida pelos juízos e o recurso estatal para ocorrência do mesmo. Os acusados que são alvos desta medida de cautela são principalmente os que demonstram inclináveis atitudes de fuga;

assim, a possibilidade da ocorrência é mínima. A segurança jurídica e pública é palpável com este meio alternativo.

Como já supracitado, a dificuldade está na questão financeira do estado em arcar com tal custo, mas se levar em consideração os gastos atuais com os presídios brasileiros, no qual conta, segundo dados da Secretaria de Justiça do Paraná, em julho/2012 com 549.577 presos.

Se considerar os gastos com a implementação do novo sistema de monitoramento e substituir pelos gastos com prisões físicas, o Estado arcará com o mesmo valor. Mas a finalidade da medida cautelar, o *jus puniendi* e o direito à liberdade serão cumpridos devidamente. É medida avançada, ou seja, que acompanha o período histórico vivente. Neste caso, o legislador, munido de uma visão ampla do futuro, procurou positivar uma medida que pudesse ser usada em larga escala pelo órgão julgador, quando o órgão administrativo estiver viável a arcar com esta medida.

A preocupação com os direitos fundamentais do acusado gira em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, mas pensando nisso, na atual conjuntura, o acusado provavelmente prefere contar com seu direito de ir e vir, do que com um instrumento de identificação que levará consigo. Seguidora desta teoria, Barrichello (2011, p. 205)

Tal dispositivo tem gerado polêmica, havendo opiniões no sentido de que o uso de tal aparelho violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, entendemos que não há violação ao mencionado cânone constitucional, na medida em que se trata de uma alternativa ao encarceramento do réu, sendo, obviamente, esta última opção – prisão provisória – mais gravosa do que a precipitada cautelar.

Assim, diante destas premissas, o monitoramento eletrônico pode ser o mais viável meio alternativo que alcance o garantismo penal e o paternalismo ao mesmo tempo, resta o órgão executivo verificar a possibilidade da utilização desta medida.

A jurisprudência neste meio é escassa devido a falta de estrutura do Estado, que não dispõe de equipamentos necessários e de pessoal capacitado para a fiscalização. Mas devido à abertura do legislador, seu uso pode trazer benefícios quando houver viabilidade econômica.

4. *JUS PUNIENDI* E O PRINCÍPIO DA *ULTIMA RATIO*: LIMITES ENTRE O PATERNALISMO PENAL E O GARANTISMO PENAL

4.1 Conceito e Competência do *jus puniendi*

O Estado, como detentor do *jus puniendi*, aplica a sanção de forma a obedecer aos preceitos legais dispostos na norma jurídica. Assim, na necessidade da aplicação de prisão-pena, seja esta cautelar ou definitiva, o Poder Judiciário adentra no direito do acusado, de modo preventivo ou repressivo. A mesma Lei Fundante que assegura as garantias dos cidadãos é a que deturpa suas prerrogativas.

Nas sábias palavras de Aquino (2012, p. 24) “Esse direito [de punir] só é desempenhado mediante observância de certos procedimentos, para garantia da lisura na apuração da conduta do infrator”, onde o Estado exerce um poder-dever de aplicar a justiça, não podendo este escolher entre promover uma ação penal ou não fazê-lo. Uma vez detentor desta prerrogativa, torna-se obrigado a aplicá-la, apenas podendo abster-se em crimes de ação penal privada.

Esta premissa do Estado é o sentido objetivo do Poder Legislativo, que cria a norma de natureza penal, proibindo comportamentos, sob a ameaça de pena, e no sentido objetivo, através do Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o regramento jurídico (GRECO, 2011, p. 19). Assim, apenas recentemente, o Estado de Direito passou a proteger e sancionar, trazendo não só o primado da segurança, mas também a segurança jurídica à sociedade.

Neste diapasão, o Estado pode utilizar o *jus puniendi* com o objetivo de corrigir, ressocializar, trazer justiça e outras justificativas para a aplicação de penas aos infratores. Mas ainda assim, não o pode simplesmente por desobediência à norma penal, aplicar pena que leve miserabilidade ao acusado/condenado. Afinal, a Constituição Federal de 1988 – conhecida como Constituição Cidadã – tem a premissa maior tutelar e proteger direitos e seus detentores, devendo valer-se do *jus puniendi* de modo que o acusado possa cumprir a pena imposta, sem exageros.

4.2 O Paternalismo Penal

Como anteriormente citado, não pode o Estado diminuir seus princípios e punir tão severamente o condenado, não importando aqui o que este praticou, sob pena de ser tão criminoso quanto. Neste sentido, sobre a limitação do poder-dever do *jus puniendi*, disserta Greco (2011, p. 122)

Dentro da concepção de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, os princípios penais fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, funcionam como limites internos do *jus puniendi*, tendo todos eles como norte o princípio da dignidade humana. [...] número de princípios que serviriam de limitação interna ao poder punitivo do Estado, [...], podemos destacar os seguintes: a) princípio da intervenção mínima; [...]

Destes princípios citados, o destacado aqui, será o da Intervenção Mínima, que dispõe sobre a menor invasão do Estado nos direitos fundamentais do acusado, prerrogativa maior do Garantismo Penal. Voltando ao assunto, a aplicação da sanção, aquela que deturpa o direito fundamental à liberdade, de utilização exclusiva do Estado, é fenômeno constitucional e penal estudado pelos juristas.

A este fenômeno, que o Estado mesmo o concedeu de utilizá-lo, dá-se o nome de Paternalismo Jurídico-Penal. Essa prerrogativa invasiva de direitos é necessária, mas contraditória. Na Constituição Brasileira, no artigo 5º “caput”, resguarda a liberdade, ao mesmo passo que, o inciso XLVI, alínea “a” retira essa segurança concedida ao instituir a espécie de pena privativa de liberdade. É claro que, não é por razão infundada que esta invasão abala as estruturas jurídicas do acusado, é por motivo relevante e fundamentado do Juízo.

A retenção da pessoa indiciada ou acusada em aprisionamento, claramente se vê de que estas violam algumas premissas tuteladas pela Constituição Federal, dentre elas, a liberdade. Forçando ao cárcere o indiciado/acusado, o paternalismo penal toma forma. Para se fazer claro, a conceituação desta invasão na esfera de direitos, Martinelli (2010, p. 99) explica

[...] o paternalismo penal é exercido por meio da coerção estatal, que utiliza leis penais com o fim de proibir determinadas condutas. Somente podem ser criminalizadas condutas que representam uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante. [...] a cominação de penas demonstra

a coerção do Estado, que faz uso do seu meio mais repressivo para impedir a prática de uma infração. Quando um comportamento é descrito como crime, o Estado quer interferir na escolha de alguém, mostrando que, caso opte pela conduta proibida, a pena cominada é a possível consequência dessa opção.

O paternalismo, em sua forma mais simples e pura, é aquela invasão do Estado, nas garantias do indivíduo que, de alguma forma, invadiu direito alheio. Há casos em que, este paternalismo é ilegítimo, devendo ser, de plano, corrigido; como nas prisões ilegais. A Lei Maior deixou como direito fundamental a obrigatoriedade de relaxar a detenção ilegal no artigo 5º inciso LXV.

Desta forma, a legitimidade do paternalismo penal se justifica quando, no regramento em vigor, um indivíduo sai da sua esfera de direitos e adentra no direito alheio, prejudicando-lhe, necessitando que, o Estado tome providências que corrijam a infração, utilizando de sanções cautelares e ao final, definitivas, se necessário. Esta justificativa serve para inibir anseios da sociedade em praticar autotutela; e é muito eficaz.

4.3 Princípio da Intervenção Mínima – Direito de *ultima ratio*

Na real necessidade em defender as garantias previstas aos cidadãos, mesmo sendo acusado em ação penal, este princípio visa a tutelar o máximo de direitos possíveis ao acusado/condenado, a fim de colocar o Estado como punidor e ao mesmo tempo protetor.

Neste sentido, quando imprescindível a mão do Estado para punir um sujeito que infringiu a legislação, deve utilizar de uma balança em que se pese o ato cometido e o pena adequada para punir e ressocializar o indivíduo. Pensando assim, nas exatas palavras de Nucci (2010, p. 167)

A intervenção do Estado é desejável, na medida em que se acate a liberdade individual com bem supremo, preservando-se a dignidade da pessoa humana na exata demanda do Estado Democrático de Direito.

Eis a razão pela qual se deve buscar a denominada intervenção mínima no campo penal visto ser a esfera de poder máximo, viabilizando-se as mais enérgicas formas de sanções coercitivas à pessoa.

Continuando nesta linha de pensamento, se o Estado não intervisse de forma a utilizar a proporcionalidade e razoabilidade, um império de brutalidade se imperaria, desviando da finalidade de proteger seus cidadãos e de punir de forma justa.

No conceito deste importante princípio constitucional penal, tem-se por Martinelli (2010, p. 558)

Um direito penal subsidiário, de aplicação mínima do Estado, é a expressão de um ordenamento no qual o Poder Público, em especial o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei substancial e processualmente. Em síntese, este modelo de direito penal demonstra um Estado de direito, em contraposição ao Estado totalitário, cujo modelo é um direito penal máximo, carente de limitações e condições.

Assim, o Estado, na sua total competência para punir, deve saber utilizar da moderação, razoabilidade e proporcionalidade no momento em que, aplicar a pena. Por mais paternalista que seja, a intervenção mínima é a medida cabível para sancionar, sem extirpar direitos e garantias dos indivíduos que ultrapassaram os limites impostos pela lei.

Prosseguindo, como premissa maior deste cânone, esta finalidade é apontada por Martinelli (2010, p. 62) “A *ultima ratio* deve ser interpretada como o resguardo de direitos constitucionais da pessoa humana, entre os quais a máxima liberdade de agir”. Pensando nisso, a vigência da nova Lei (12.403/2011) trouxe a baila maior resguardo do direito à liberdade, ao trazer medidas que substituem as prisões de cautela.

Deste modo, o Estado intervém o mínimo possível nos direitos fundamentais do acusado, sem deixar de valer-se do *jus puniendi*. Isso traz segurança jurídica ao próprio ente como ao sujeito ativo do ilícito, também demonstrando à sociedade a aplicação e o cumprimento dos dispositivos legais.

4.4 A teoria do Garantismo Penal e sua aplicação com a vigência da Lei n. 12.403/2011

Confrontando-se, do lado oposto ao paternalismo, está o Garantismo Penal. O garantismo repele o Estado, que age com excesso no direito de punir.

Uma forma de conceituar Garantismo Penal é que esta máxima está entre o abolicionismo penal e o Estado Liberal, ou seja, direito consistente em uma liberdade regrada. A base do Garantismo está no primeiro cânone constitucional assegurador, que explica Rosa (2003, p. 20) “(...) a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais*”.

Citando o maior defensor do garantismo penal, Duarte Neto (2007) disserta

Ferrajoli prega nesse ensinamento que algumas técnicas deverão ser utilizadas no processo de minimalização do poder institucional: o aplicador do direito deve valer-se da consagração de dez axiomas, princípios norteadores do direito penal, que trazem em suas normas garantias relativas à pena, ao delito e ao processo.

Assim, entende-se que deve haver um limiar entre os dois institutos, garantismo e paternalismo, pois mesmo tendo infringido direito de outrem, o acusado também deve ter seus direitos respeitados, afinal ainda é cidadão brasileiro, gozando de, pelo menos, direitos básicos a ele assegurados pela Lei Maior.

Esmiuçando a teoria garantista, pelo “pai” desta doutrina, Ferrajoli (2010, p. 91) explica seus elementos:

O caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre um ponto de vista externo (ou ético-político) e um ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Com tudo isso, o garantismo penal opera de forma a preservar garantias, mas ainda assim, aplicar o ordenamento corretivo. Esta corrente é imprescindível ao meio jurídico visto ao caráter hipossuficiente e vulnerável do acusado que, por mais que tenha tomado direito de outrem, nada entende ou pode fazer pelos seus próprios direitos. Assim, tomando esse pensamento por base, é ideal que o Estado julgador aplique a sanção penal com moderação exata para que não pese demais ao acusado.

No momento da ação penal, é necessário que o Estado se atente ao acusado, pois pode passar despercebidos certos disparates aos direitos do acusado, que, a Constituição veda a ocorrência; sendo estes a prisão ilegal, condições sub-humanas no sistema carcerário, falta de revisão criminal. Estando o Estado vigiando de perto os acusados/condenados, o monitoramento ocorre de maneira eficaz, assim como a tutela dos direitos dos que estão enclausurados. É o meio de punir e proteger mais humanitário do Estado.

Corolário deste pensamento, disserta Reis (2013, p. 176-177)

Há, portanto, um nexos entre garantismo penal, igualdade e democracia e se entende como condição essencial de credibilidade do direito penal (portanto, de sua legitimidade) o valor da garantia do direito de defesa, que para os mais vulneráveis se opera pela agência de defesa pública, com todo aparato normativo e orçamentário que se faz necessário para que possa prestar uma efetiva assistência jurídica integral.

Pensando dessa maneira, o Estado, investido de competência punitiva, utiliza da sanção, ao passo que protege o acusado, a fim de evitar desgaste aos direitos fundamentais do mesmo. Essa deveria ser a premissa maior na aplicação da legislação penal.

Continuando com o conceito assíduo de Ferrajoli (2010, p. 787)

(...) “garantismo” designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e a moral, entre a validade e a justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser”

do direito. E equivale à assunção, para os fins de legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

O dever do Estado é saber ponderar o Paternalismo e o Garantismo Penal na aplicação das medidas de cautela, vez que, não há como escapar de punir o indivíduo que infringiu a norma jurídica. Uma vez que a lei proporciona uma forma de resguardar as garantias do acusado, não tem porque penalizar de forma severa, afinal, o acusado é detentor de direitos e obrigações como o Juiz, que é a voz do Estado. Podendo o Estado aplicar um meio que seja de intervenção mínima, é a solução cabível.

É o meio de manter o *jus puniendi* em vigor, é o meio de impor sanção de cautela, é o meio de trazer pacificação social.

5. CONCLUSÃO

A necessidade da imposição estatal para a melhor convivência da sociedade é imprescindível e para isso, o Estado, investido de seu poder de legislar, cria normas a fim de se infligir sobre os indivíduos, dando prerrogativas para o órgão julgador aplicar medidas que corrijam e adequem seus cidadãos, na agressão ao texto normativo.

Quando isto ocorre, o Estado deve contar com estrutura suficiente para punir, ou acautelar de forma preventiva, a fim de impedir que novos ilícitos sejam cometidos, e com isso, a finalidade das prisões se faz presente. Porém, com a supersaturação do sistema carcerário, esta medida de cautela não alcança a premissa da ressocialização.

Pensando nisso, a criação das medidas diversas das prisões cautelares veio trazer ao Juiz uma forma de assegurar a aplicação da lei penal, o normal conduzimento da ação penal e a tutela aos envolvidos no processo. E ainda assim, os direitos fundamentais do acusado são respeitados o suficiente para mantê-lo como cidadão de direitos.

O Estado democrático de Direito proporcionou medidas que aplicam sanção cautelar no curso do processo ou inquérito, sem deturpar premissas constitucionais, trazendo segurança jurídica ao acusado e ao sistema legal brasileiro. Tudo isso, sob a ótica do garantismo penal,

que é a teoria que assegura a utilização do *jus puniendi* sem ferir garantias constitucionais do indivíduo que – apesar de ter invadido direito de outrem – está protegido pela mesma Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. **A suspensão cautelar do exercício de função pública ou atividade privada como alternativa à prisão preventiva.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10307&revista_caderno=11. Acesso em: 02 out 2013.

AQUINO, José Carlos Gonçalves; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Novas Penas Alternativas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 234 p.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O garantismo penal de Ferrajoli.** 2007. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/garantismo-penal-ferrajoli>. Acesso em: 15 jun 2013.

FARIAS, Vilson. **A Lei nº 12.403/2011 e as Alterações Promovidas no Código de Processo Penal.** Porto Alegre: Magister, 2011, jun/jul. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.* Ano VII num. 42. 26 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Alternativas.** Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. 465 p.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 4 v. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico Penal**. 2010. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde.../tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 22 jan 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 2. Ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PETRI, L. T.; ABDALLAH, R. I. A. A.; VOLPE, L. F. C. **Das Medidas Cautelares Alternativas À Prisão**. 2012. Disponível em: <<http://www.judicare.com.br/index.php/judicare/article/view/36/130>>. Acesso em: 18 set 2013.

REIS, Fernando Antônio Calmon. **Acesso à Justiça Penal: desigualdade e garantismo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21 – 101 – mar/abril 2013. 158 p.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é Garantismo Jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis, SC: Habitus, 2003. 100 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA: ADPF 190 – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luís Henrique Fernandes Hidalgo

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduado em Direito Pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Washington Aparecido Pinto

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Pós -Graduando em Direito Tributário pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

ADPF 190 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Origem: SP - SÃO PAULO

Relator atual MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) PREFEITO MUNICIPAL DA ESTÂNCIA
HIDROMINERAL DE POÁ

AM. CURIAE. MUNICÍPIO DE BARUERI

PROC.(A/S)(ES) AIRES F. BARRETO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO
ALEGRE

AM. CURIAE. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS - ABRASF

ADV.(A/S) RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA (81438/RJ)

AM. CURIAE. MUNICIPIO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO MUNICIPIO DE SÃO
PAULO

AM. CURIAE. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE LEASING
ABEL

ADV.(A/S) ANNA PAOLA ZONARI (01928/A/DF, 96198/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu em parte da arguição e rejeitou as demais preliminares, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia inadequada a ação ajuizada. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deliberou converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento do mérito, vencido o Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por maioria, quanto à parte conhecida, julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 190, § 2º, inciso II; e 191, § 6º, inciso II, e § 7º, da Lei nº 2.614/1997, do Município de Estância Hidromineral de Poá, São

Paulo, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação. Fixada tese nos seguintes termos: “É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. Também é incompatível com o Texto Constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante.” O Tribunal deliberou que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir da data do deferimento da cautelar. Tudo nos termos do voto do Relator. O Ministro Marco Aurélio não fixou tese nem modulou os efeitos da decisão. Falaram: pelo requerente, Governador do Distrito Federal, o Dr. Marcelo Galvão, Procurador do Distrito Federal; pelo interessado, Município de Poá, o Dr. Guido Pulice Boni; pelo *amicus curiae* Município de Porto Alegre, o Dr. Roberto Silva da Rocha, Procurador do Município; pelo *amicus curiae* Município de São Paulo, o Dr. Felipe Granado Gonzáles, Procurador do Município de São Paulo; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, o Dr. Ricardo Almeida; pelo *amicus curiae* Município de Barueri, o Dr. Paulo Ayres Barreto, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas de Leasing – ABEL, a Dra. Anna Paola Zonari. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.09.2016.

1. INTRODUÇÃO

A escolha desta decisão para discussão deveu-se a duas razões primárias: i) *prima facie*, pela importância da matéria jurídica nela tratada (incentivos fiscais em face da guerra fiscal no âmbito municipal) vinculada no próprio site oficial do STF¹; e ii) tratar-se de uma decisão em absoluta sintonia com a problemática existente em maior grau no âmbito dos Estados membros, mas que de igual sorte guardam pertinência na esfera municipal local (guerra fisco-tributária).

No mais, procurar-se-á fazer as devidas conexões teóricas relacionadas ao tema em destaque, bem como, abordar de maneira densa a amplitude de tal decisão e ainda delinear os aspectos fáticos que ensejaram a propositura da Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade, que teve como desiderato precípua, buscar a simetria da norma constitucional de cunho tributário em face das leis municipais.

Procurar-se-á ainda analisar de forma não exauriente a natureza jurídica da própria ADPF e de seu caráter subsidiário (Art. 4º, §1º da Lei Federal n.º 9.882/99²), à luz do

¹ **Inconstitucional lei municipal que reduz base de cálculo do ISS.** <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326349>.

² BRASIL. **Lei Federal sob n.º 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

posicionamento do e. Ministro Marco Aurélio, que muito embora conhecido por ser o “Ministro do Voto Divergente” sempre traz oxigenação nos julgamentos daquela Suprema Corte de Justiça, ante o risco da unanimidade absoluta dos pensamentos.

2. COMENTÁRIOS

O Estado brasileiro na atual ordem democrática instituída pelo Texto Maior de 1988, consagrou de forma bastante clara a autonomia dos entes federados, havendo divisão de competência prevista constitucionalmente de cada ente: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Neste diapasão, havendo a colidência de interesses, em que pese a separação prevista no seio constitucional, o Poder Judiciário é instado a se pronunciar, buscando restabelecer harmonia entre os mesmos, em processo de cunho objetivo no caso em apreço, tal qual as ações constitucionais do controle concentrado de constitucionalidade.

No caso em cotejo, sua origem se deu quando um Município situado próximo à região metropolitana da cidade de São Paulo, município de Estância Hidromineral de Poá, editou norma legal municipal reduzindo a base de cálculo em determinadas hipóteses, previstos na referida lei municipal, do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN (Art. 153, III, CR/88).

Nesta seara, o então Governador do Estado do Distrito Federal, entendeu por bem, em ajuizar a medida ora analisada (ADPF), com fundamento no Art. 103, V, CF/88, buscando demonstrar pertinência temática em seu interesse jurídico-processual, sob o argumento de que a referida norma estaria contribuindo para o acirramento de verdadeira guerra fiscal a nível municipal, considerando que empresas poderiam migrar para o território da municipalidade concedente das referidas exações fiscais diferenciadas.

Pois bem, antes de entrar no cerne da questão posta, relevante vislumbrar algumas características desse tipo processual manejado.

A ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, fora introduzida no ordenamento jurídico pátrio quando da promulgação da Constituição da República de 1988, visando a segurança e a proteção de preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Segundo a concepção do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, por preceito constitucional, apesar de difícil definição, pode se entender como os institutos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, e ainda a própria separação dos poderes encontrando-se acobertados com tal denominação, como de igual sorte demais temáticas relevantes no seio constitucional, inclusive o próprio Federalismo.

Vejamos trecho da decisão da ADPF 33 em sede de Medida Cautelar do emérito professor:

Parâmetro de controle — É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados 'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas 'cláusulas pétreas', parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados 'princípios sensíveis', há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados 'preceitos fundamentais'. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e

nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional. (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04).

Diante disso, percebe-se que o direito desrespeitado em tese, no aludido julgamento da norma municipal esteve presente, ao menos no tocante a um eventual conflito entre entes federados.

De outro modo, cumpre mencionar a questão atinente à legitimação para propositura da demanda. De acordo com a norma constitucional, mais precisamente no Art. 103, CF/88, existe um rol taxativo de legitimados aptos a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Ocorre que, muito conquanto a figura do Governador de Estado, aqui equiparado o Governador do Distrito Federal, constem expressamente em tal rol, sua legitimação possui caráter condicional ao que a doutrina denomina como: pertinência temática.

O constitucionalista paranaense Clèmerson Merlin Clève³ ensina, *in verbis*:

Tratando-se de autoridade e órgão estaduais e não federais, a legitimidade de que dispõem, por força de dispositivo constitucional,

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. pg. 164.

para a propositura de ação direta, só guarda sentido em relação às leis locais e às leis federais que, de algum modo repercutam na esfera de autonomia estadual. Não seria demais admitir-se, também, a legitimidade do Governador e da Mesa da Assembléia Legislativa para a propositura de ação direta contra lei ou ato normativo de outra coletividade política federada (Estado-membro ou Distrito Federal). Basta que a lei ou o ato impugnados atinjam, de modo negativo, o âmbito estadual.

Portanto, para que haja pertinência temática, plenamente necessária para o caso em estudo, a demonstração da pertinência temática, pois conforme consta, quem ajuizou a referida ação de controle objetivo fora o Chefe do Poder Executivo Distrital, ao argumento que a norma municipal estaria levando prejuízos ao território por ele governado, ante a desoneração do imposto sobre serviços, até então vigente.

No julgamento da APDF 190, o Ministro Marco Aurélio restou vencido no tocante ao conhecimento da medida, mas suas ponderações são dignas de nota, pois conforme explanado, houve por parte de Sua Excelência, a impugnação do cabimento e legitimidade da propositura da medida ao argumento de falta de pertinência temática em razão da inexistência de prejuízos diretos àquele território distrital, afastando o interesse jurídico do Governador.

Dessarte, existe tal argumentação/raciocínio até mesmo nas informações prestadas pelo órgão que editou tal norma guerreada, todavia, não parece aceitável do ponto de vista jurídico, o afastamento da apreciação da problemática trazida ao Judiciário por tal argumento, sob pena de enaltecer um mero formalismo em detrimento a uma solução para a controvérsia jurídica.

Com a redução da base de cálculo do ISSQN, mesmo que de forma reflexa, houve ou poderia haver de forma potencial danos a inclusive qualquer outro ente federado, em razão da conduta do ente municipal que promoveu uma desoneração não autorizada no ordenamento jurídico.

Sendo assim, a medida *a priori* se mostrou adequada para o enfrentamento da problemática de cunho objetivo, visando restabelecer a supremacia do texto constitucional.

Outra circunstância de natureza processual, mas que merece maiores digressões é a relativa do caráter subsidiário da ADPF e da possibilidade de impugnação da norma municipal por outra ação constitucionalmente prevista, qual seja, a Representação de Inconstitucionalidade, nos termos do Art. 125, §2º, CF/88 em âmbito estadual.

Por tal mecanismo jurídico, o legitimado previsto na Constituição Estadual pode propor a medida com o escopo de sua declaração de inconstitucionalidade tendo como paradigma a referida norma originada do Poder Constituinte Decorrente.

O mesmo Ministro, suscitou que pelo caráter subsidiário da ADPF, caberia ao interessado manejar a RI de forma principal, forte na subsidiariedade prevista no Art. 4, §1º, da Lei Federal n. 9.882/99.

Data máxima vênia ao vice Decano daquela Suprema Corte, mas o óbice trazido à baila não parece ser o mais adequado.

Apesar da previsão constitucional atribuindo aos Tribunais de Justiça dos entes federados a competência para o julgamento de tais ações, nesses casos a norma de paradigma é a própria Constituição Estadual e não a Federal. No caso dos autos, a autoridade legitimada buscou demonstrar a inconstitucionalidade da norma municipal em face do texto constitucional federal, tendo-o por parâmetro, na medida em que realiza o exercício de “comparação de constitucionalidade” da legislação municipal (Arts. 190, §2 e 191, §§6º e 7º da Lei 2.614/97, na redação dada pelas Leis Municipais 3.269/07 e 3.276/07) com o Art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória c.c. Art. 1º *caput*, CF/88.

Sendo assim, os aspectos formais de apreciação e conhecimento da ação manejada restaram superados, conforme entendimento do colegiado, passando a Corte a apreciar o mérito.

O cerne meritório da questão, residiu no pedido de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da lei municipal, que dentre outros assuntos, excluía da base de cálculo do imposto sobre serviços de competência municipal, outros tributos componentes do valor bruto da operação, tais como: IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS.

De fato, tal comando normativo legal afrontou de forma direta o contido no ADCT, pois mesmo que indiretamente, desonerou através de lei municipal, vedação determinada pela Constituição Federal através do Art. 88, ADCT, vejamos a previsão constitucional:

Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

I – terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao

Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

II – não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002).

O legislador constitucional, prevendo eventual inércia do legislador ordinário, já estabeleceu nas regras de natureza transitória, mínimo legal a ser observado no caso de inexistência de diploma legal neste sentido.

Deve ser destacado, que a norma constitucional determinou expressamente a necessidade de Lei Complementar Federal para disciplinar o tema, considerando a necessidade de generalidade, bem como de maior legitimidade ao quórum de aprovação do referido diploma disciplinador.

Vislumbra-se que não há qualquer juízo de discricção mesmo que legislativa ordinária, para que seja realizada uma interpretação distinta da literalidade do mencionado inciso II do Art. 88, ADCT, que preleciona textualmente ser vedada a concessão de incentivos, seja quais for a denominação, que contribuam, mesmo que indiretamente para a redução da alíquota mínima estabelecida em 2% (*dois por cento*) do ISSQN.

A importância do dispositivo constitucional escrito dessa maneira, vai de encontro justamente com a desconfiança do legislador constitucional, pois em que pese a lei municipal guerreada não ter previsto de maneira expressa a redução nominal da Base de Cálculo, a exclusão dos tributos incidentes sobre o valor dos serviços, realiza a mesma operação, afrontando diametralmente o Texto Maior da República de forma velada.

Já com relação ao postulado do *Federalismo*, tal princípio é invocado justamente na ideia de evitar a conhecida “Guerra Fiscal” que tanto assolam, Estados e empresários de todo o país.

O controle de constitucionalidade concentrado, não possui partes na acepção jurídica de processo subjetivo, pelo contrário, é um processo de cunho objetivo, onde a tutela é realizada sob uma norma em abstrato.

Destarte, nesses julgamentos, sempre há uma preocupação com os entraves e desdobramentos da decisão judicial, pois o cidadão, neste caso mais especificamente o contribuinte,

ficaria a mercê de uma norma que nasce com presunção de constitucionalidade, porém no curso da produção de seus efeitos, a mesma é declarada destoante ao Texto Constitucional.

Em outras oportunidades o Colendo Supremo Tribunal Federal já se manifestou preservando a segurança jurídica:

Ementa: TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento. (ADI 4481, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015).

Mais grave e relevante ainda se demonstra o caso dos autos, pois a avalização da norma debatida, poderia desencadear reações de todas as órbitas, desde a reprodução no âmbito de outros entes municipais, como também a ocorrência de problemas que ultrapassam os muros do Direito como ciência, ou seja, elastecem um campo de influência em outros ramos, tais como as finanças públicas, economia e mesmo a questão empresarial.

Por esse motivo, a interpretação realizada pelo Guardião do Texto Constitucional se mostrou de grande simetria com demais problemas tributários e fiscais existentes no meio jurídico, quando afastou a constitucionalidade das normas municipais, através de uma resposta a contento que

prestigiou além da higidez constitucional, como também os postulados de segurança jurídica e ato jurídico perfeito.

3. CONCLUSÃO

A pacificação social deve ser traço indissolúvel da função jurisdicional estatal e neste julgamento se observa a devida preocupação com tal enfoque social.

Mesmo havendo diversas questões periféricas nas quais o Colendo Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar, o julgamento da ADPF 190 trouxe segurança jurídica aos contribuintes e pacificação de uma potencial nova guerra fiscal na seara dos entes federados, só que em âmbito municipal.

Conquanto não tenha sido unânime o julgamento da ação constitucional, tal julgamento fez cessar em potencial um enorme problema que estaria se amoldando e concretizando ao longo dos mais de 5 mil municípios brasileiros, qual seja, a desoneração conflituosa da exação tributária do ISSQN.

Em verdade, o STF já deveria ter tomada a mesma iniciativa em âmbito estadual, fato que contribui com uma enorme guerra fiscal relativo ao imposto de circulação de mercadorias e serviços – ICMS, prejudicando as relações jurídicas e a própria segurança jurídica dos contribuintes, que se veem muitas vezes refém de normas em nítida afronta aos ditames constitucionais.

Nesta direção, o julgamento pela inconstitucionalidade da lei municipal desonerativa, contribuiu que forma acentuada para que não houvesse uma avalanche de ações junto ao Poder Judiciário, trazendo ao cerne do julgamento em si, questões de ponderação e de extremo comprometimento social, sem contudo, afastar-se o direito positivo posto.

Conceber de maneira diversa, contribuiria não só pelo destoante universo de conflitos entre os mais diversos regimentos de cunho local municipal, mas afetaria de igual sorte, a própria economia, ao passo que não seria estranho a existência de inúmeros benefícios ilegais ao argumento de isonomia ou mesmo de crescimento não sustentável pelos municípios de todo o território nacional.

Outra situação que se deve salutar, é a eficácia prospectiva dada à declaração de inconstitucionalidade, visando e amparando os contribuintes de boa-fé, legitimando cada vez mais o instituto da modulação dos efeitos no tempo das decisões da Suprema Corte.

Destarte, as ponderações ocorridas no julgamento e a tese fixada, demonstram o bom senso da Corte e especialmente a necessidade das normas, sejam locais ou regionais, se aterem estritamente aos comandos, vedações e preceitos constitucionais, sob pena de afronta e caracterização de inconstitucionalidade.

4. Referências

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

BRASIL. **Lei Federal sob n.º 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4481**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33**.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 190**.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Inconstitucional lei municipal que reduz base de cálculo do ISS**. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326349>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

