

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 7 ■ Vol. 7 ■ N. 1 ■ Jan./Dez. 2018



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. 7, Nº 1, Dezembro 2018
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 7 – Nº 1	143 p.	Dezembro 2018
------------------	----------	-------------	--------	---------------

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: revista@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.7,n.1, (Dez, 2018) – Londrina, 2018.

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. 2018

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

João Luiz Martins Esteves

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

Amanda Casado Ribas

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

Fábio César Teixeira

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT

Carlos Renato Cunha

Gerente de Execução Fiscal – GEF

Marcelo Moreira Candeloro

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 Ações em Massa da Justiça do Trabalho

Bárbara Maria Moraes da Luz



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

Presidente

Marcelo Moreira Candeloro

Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)

Fábio César Teixeira

Diretor Administrativo

Luciano Galves Sodré

Diretor Financeiro

Leonardo Martin Garcia

Diretor de Comunicação

Sérgio Correa

Diretora de Eventos

Andréia Ferraz Martin Robles Martelli

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos

Maria Christina de Freitas Ramos Pugsley

Conselho Fiscal

Carlos Renato Cunha

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Lia Correia

Paulo César Tieni (suplente)



SUMÁRIO

EDITORIAL.....	9
ARTIGOS	
A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA PROPOR O PERDÃO JUDICIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA <i>Arthur de Souza Manchini</i> <i>Rafael Junior Soares</i>	11
RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO NA CIDADE DE LONDRINA, PARANÁ <i>Emily Garcia</i> <i>Tatiane Garcia</i>	25
A LEI, O PAI E SEU DECLÍNIO: FUNÇÃO PATERNA, FUNDAMENTOS DA LEI NO INDIVÍDUO, FUNÇÃO INTERDITÓRIA DO DIREITO <i>Maria Christina Freitas Ramos Pugsley</i>	33
APONTAMENTOS SOBRE A HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS MUNICIPAIS EM FACE DE EXECUÇÕES DE TERCEIROS <i>Marcelo Moreira Candeloro</i>	51
A RELEVÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO <i>Sofia Sanches Sacoman</i>	65
OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E A OBRA “O PROCESSO” DE FRANZ KAFKA <i>Thainá de Paiva Barrionuevo</i>	75
A NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA STRICTO SENSU: ESTUDO SINTÁTICO-SEMÂNTICO <i>Valterlei Aparecido da Costa</i>	87
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LÍCITO <i>Vivian Carla da Costa</i>	106
PARECERES	
EFEITOS TRIBUTÁRIOS DE ARREMATACÕES DE BENS IMÓVEIS <i>Carlos Renato Cunha</i>	116
LEI DE INICIATIVA POPULAR PARA REVOGAÇÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES DO IPTU. INCONSTITUCIONALIDADE	

Fábio César Teixeira..... 127

APLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EC 47/2005 AOS CASOS
DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR

Ronaldo Gusmão 136

EDITORIAL

Chegamos à 7ª Edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina com artigos e pareceres de relevância dos profissionais que integram o corpo jurídico da PGM - Londrina, bem como de outros colegas profissionais de outras localidades.

Como nas edições anteriores, os artigos e pareceres ora veiculados são de diversas áreas do direito e podem contribuir para o estudo e melhor compreensão dos temas propostos. Nossos agradecimentos aos que contribuíram com seus trabalhos, e aos que se dedicam na organização da Revista.

Boa leitura à todos.

Londrina-PR
Dezembro de 2018.

João Luiz Martins Esteves
Procurador-Geral do Município
Coordenador da Revista

Marcelo Moreira Candeloro
Presidente da APROLON

Maria Christina de Freitas Ramos Pugsley
Diretora do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA PROPOR O PERDÃO JUDICIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Arthur de Souza Manchini

Discente do Curso de Direito da PUC-PR, Campus Londrina.

Rafael Junior Soares

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduado em Criminologia e Política Criminal pelo ICPC-UFPR; Direito Penal Econômico e Europeu pelo IDPEE - Coimbra e IBCCRIM; e Garantías constitucionales de la investigación y la prueba en el proceso pela Universidad de Castilla-La Mancha Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP. Docente de Direito penal na PUC-PR, Campus Londrina. Advogado criminalista.

RESUMO: O presente artigo objetiva o estudo da legitimidade do delegado de polícia em ser parte na elaboração do acordo de colaboração premiada, e que ao final seja concedido o perdão judicial ao colaborador, conforme a possibilidade trazida pelo artigo 4º, § 2º da Lei 12.850/2013. Terá como análise principal a titularidade da ação penal pública conferida de forma privativa ao Ministério Público pelo artigo 129, I, da Constituição Federal, que poderá ser ameaçada em muitos dos casos. Também serão estudadas quais as alternativas que o Ministério Público terá em caso de discordar da proposta apresentada pelo delegado e mesmo assim ao final ser concedido o perdão. A partir daí, verificar-se-á a legitimidade do delegado de polícia para propor tal prêmio.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade. Delegado de Polícia. Colaboração Premiada.

ABSTRACT: The main of this work is to study the legitimacy of police officer chief being part of the plea bargain agreement elaboration beside the final judicial forgiveness conceded to the collaborator, as the possibility stated in article 4th, § 2nd of the law 12.850/2013. The main analysis in this work will be the public criminal action ownership granted privately to the Public Prosecutor by article 129, I, of the Federal Constitution, that may be threatened in many cases. It will also be studied in here the alternatives taken by the Public Prosecutor in cases of disagreement on the police officer proposal despite the final judicial forgiveness being conceded. From them on, it will be verified the precinct chief legitimacy to propose such premium.

KEY-WORDS: Legitimacy. Police Officer. Plea Bargain.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro é o ramo do direito que apresenta maiores discussões e críticas diante do atual cenário político-criminal em que se encontra o país, seja pela forma com que se realiza a investigação criminal ou a própria ação penal.

A Lei 12.850/2013 trouxe grandes inovações, bem como disciplinou a forma de realização de determinados atos durante as fases investigatória e processual, no que se refere a crimes praticados por meio de organização criminosa. O artigo 4º, § 2º da Lei 12.850/2013 conferiu ao delegado de polícia a possibilidade de representar à autoridade judiciária pela concessão do perdão judicial, o que gera discussão relevante, tendo em vista que a autoridade policial estará dispondo de algo que não lhe pertence, uma vez que a promoção da ação penal pública cabe privativamente ao Ministério Público, conforme art. 129, I, da Constituição Federal.

Examinando-se o dispositivo infraconstitucional citado, a doutrina questionou sua concordância com o texto constitucional, uma vez que seria afrontado na situação em que o delegado de polícia representasse pela concessão do perdão judicial e, posteriormente, fosse acatado pela autoridade judicial, apesar da discordância do ministério público.

Porém, defende-se a legitimidade do delegado de polícia para a realização do acordo, partindo da premissa de que ele é a autoridade responsável pela presidência do inquérito policial, e que tal medida nada mais é do que um meio de obtenção de prova como qualquer outro.

A dúvida sobre a legalidade do parágrafo 2º do art. 4º da Lei 12.850/2013 levou o procurador geral da república a propor ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5508), buscando a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal. Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por sete votos a quatro, a ação foi julgada improcedente, reconhecendo-se a legitimidade do delegado de polícia para representar pelo perdão judicial no acordo de colaboração premiada. Contudo, a análise do artigo ainda é válida, na medida que o sistema acusatório pode ser violado caso haja a usurpação da função de uma parte do processo pela outra.

Assim, passa-se a análise dos conflitos e repercussões que o dispositivo legal proporciona, bem como quais as possíveis saídas para tais situações.

2. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Primeiramente, é de suma importância entender o sistema processual penal adotado no Brasil, e, por sua vez, como a colaboração premiada nele está inserida, para então, finalmente, examinar a figura do delegado de polícia como parte proponente do acordo de colaboração premiada e seus eventuais limites.

O Brasil adotou o chamado sistema acusatório, em que as partes possuem suas funções definidas dentro do processo, estando em situação de igualdade. Da mesma forma, impõe-se às partes provar o alegado, cabendo ao magistrado apenas a valoração das provas produzidas, para o fim de fundamentação de suas decisões¹.

¹ Eugênio Pacelli refere-se ao sistema acusatório como aquele em que sujeitos distintos possuem função de investigação, acusação e julgamento, sendo que não caberia a uma das partes interferir na atuação da outra. O autor ainda faz menção à dificuldade de se adotar de pronto o sistema acusatório no Brasil, ante as inúmeras características inquisitórias trazidas pelo Código de Processo Penal em sua redação original, que sofreram ajustes ao longo dos anos. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19-23. Para uma melhor compreensão: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 102-165.

Eugênio Pacelli expõe de forma clara que o sistema brasileiro não se trata de um sistema misto:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro.²

Renato Brasileiro de Lima apresenta outra característica fundamental do sistema acusatório que é a titularidade privativa da ação penal pública conferida ao Ministério Público:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art.129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.³

Assim, vale dizer que o ministério público é quem tem o controle sobre a propositura ou não de uma ação penal pública, bem como a produção de provas necessárias para a condenação do acusado. Não se admite no sistema brasileiro a figura do juiz inquisidor, que além de julgar o processo, também seria responsável pela acusação e gestão das provas.

Com o escopo de garantir a imparcialidade inerente ao sistema acusatório, à luz das funções atribuídas ao julgador, acusador e defensor, a Lei 12.850/2013 teve especial cuidado ao vedar a participação do juiz na fase de negociação do acordo de colaboração premiada, como pode ser extraído do § 6º do artigo 4º da Lei de Organização Criminosa⁴, afastando o magistrado da negociação da colaboração premiada como forma de resguardar os papéis desempenhados no processo penal.

2.1. DA INSERÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA BRASILEIRO

² *Ibidem*, p. 21.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 40.

⁴ BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

Não há dúvidas que hoje⁵ a colaboração premiada é um importante meio de obtenção de provas⁶ na persecução penal, ou seja, tal instituto é destinado à obtenção de fontes ou elementos de prova capazes de formar a convicção do magistrado para a prolação da sentença.

Desse modo, a lei permite que o acusado que colabore e produza determinados resultados (art. 4º, inc. I a V), possa obter em seu benefício prêmios (art. 4º, §§ 1º e 2º), que podem variar da redução de pena até o perdão judicial ou, ainda, o não oferecimento de denúncia pelo ministério público (imunidade processual).

Tendo em vista que alguns dos prêmios influenciam diretamente no resultado da ação penal em termos de sanção, como é o caso do perdão judicial ora analisado, seria razoável se presumir que caberia somente ao ministério público elaborar a proposta, nos moldes do sistema acusatório anteriormente explicitado.

Entretanto, como se observa no art. 4º § 2º da Lei 12.850/2013, o delegado de polícia também possui essa atribuição:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

(...)

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão do perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, o que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

⁵ Como bem apontado por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto o instituto da colaboração premiada é introduzido no ordenamento jurídico brasileiro no início da década de noventa com a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90) que previa em seu art. 8º parágrafo único a possibilidade de redução de pena para o membro que denunciasse o bando ou quadrilha. A referida lei ainda acrescentou o § 4º no artigo. 159 do Código Penal. Posteriormente mais leis fizeram referência ao instituto, como é o caso do art. 6º da revogada Lei 9.034/95; a Lei de Lavagem de Capitais (9.613/98) que ampliou o rol de prêmio previstos, incluído a possibilidade de cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, bem como a possibilidade de perdão judicial; Lei de Proteção das vítimas e testemunhas (Lei n. 9.807/99); a Lei n.11.343/06 previu a possibilidade de redução de pena para quem colaborasse com a investigação e instrução processual; foi previsto o acordo de leniência com a Lei 12.529/11, quem previa em seu art. 87 que não seria oferecida denúncia em relação a quem se beneficiou com o acordo de leniência; porém, é com a Lei 12.850/2013 que o instituto passa a ganhar mais destaque no cenário Processual Penal brasileiro. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Lei 12.850/13**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 35.

⁶ Tal classificação é dada pelo artigo 3º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013, bem como Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 127483/PR, que considera a Colaboração Premiada como meio de obtenção de provas, diferenciando-a dos depoimentos do colaborador, os quais são meios de prova. Por este motivo é o § 16 do artigo 4º da Lei n.12.850/2013 veda que a sentença seja proferida com base exclusivamente no depoimento prestado pelo colaborador. Acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ma6lleg>>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

Pela alta frequência com que o instituto da colaboração é utilizado, surgiram inúmeras críticas⁷ quanto ao dispositivo citado, uma vez que, numa primeira análise, confere à autoridade policial a possibilidade de negociar prêmio que está fora da sua área de atuação. Como a situação pode atingir a titularidade da ação penal, denota-se que o sistema processual brasileiro também pode ser violado, na medida em tal prerrogativa é uma das bases do sistema acusatório.

3. DA NÃO VIOLAÇÃO À TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL CONFERIDA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República é clara ao determinar em seu artigo 129, I, como privativa do ministério público a propositura da ação penal pública, sendo que não cabe a nenhum outro órgão dar início à persecução penal, exceto nos casos da ação penal privada. O *parquet* tem a função de garantidor da ordem jurídica, do regime democrático de direitos e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁸, assim a análise da propositura ou não de uma ação penal de natureza pública cabe somente a seus membros.

Importante destacar o ministério público não é um órgão acusador, pois como garantidor do regime jurídico⁹, ao analisar os elementos de autoria e materialidade que constam na investigação preliminar, pode optar pelo arquivamento, novas diligências ou pela propositura da ação penal¹⁰.

Presume-se que ao propor a ação penal pública, o ministério público possui a pretensão de ao final ver o acusado condenado, por este motivo o legislador pareceu se equivocar ao conferir ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela concessão do perdão judicial ao colaborador.

Tanto se fala da estranheza do dispositivo em análise que Marcelo Mendroni, ao escrever sobre o tema, coloca como excepcional a possibilidade de o delegado de polícia realizar a negociação com o colaborador:

Embora a Lei preveja eventual negociação entre o delegado de polícia e o investigado com seu defensor, logicamente durante a fase de investigação criminal, nessas condições o projeto do acordo deve necessariamente passar pelo conhecimento e manifestação do Ministério Público, titular da ação penal, que concordará ou não. Evidente o necessário conhecimento do MP, pois, se não o ratificar, nenhum acordo será selado e o MP poderá interpor a ação penal. O dispositivo parece ter relevância intrínseca nas ocasiões

⁷ Renato Brasileiro de Lima, a título de exemplo, aponta que é inadmissível que o acordo celebrado pela autoridade policial e o colaborador seja capaz de impedir o exercício da ação penal, haja vista que aquela não possui capacidade postulatória, nem legitimação ativa para tanto. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 807.

⁸ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁹ A essência do Ministério Público não deve ser analisada somente a partir da natureza de suas atribuições, devendo – se levar em conta sua finalidade institucional e os dispositivos constitucionais que o regem. Por essa razão, o Ministério Público não deve ser considerado um poder autônomo, tampouco uma instituição vinculada a outro poder. Trata-se de uma instituição constitucional autônoma que desempenha uma função essencial à Justiça. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 973.

¹⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo, 2016, p. 151.

“urgentes” e “inadiáveis” em que o Delegado de Polícia se depara com situação que conduza à necessidade e vantagem de propor a colaboração premiada ao pretendente, devendo considerar sempre, e ser expresso, que a ratificação ou retificação dependerá, sempre, da manifestação do Ministério Público, o dominus litis. O mais coerente é que o acordo seja realizado já entre o Ministério Público e o investigado, com a necessária participação do seu defensor, que poderá ser constituído, dativo ou da Defensoria Pública, para que o investigado/acusado seja instruído acerca de todos os seus termos legais, em aplicação do Princípio da Ampla Defesa.¹¹

Destarte, o delegado de polícia seria parte legítima para realizar a proposta apenas quando estivesse diante de uma situação de urgência. No entanto, embora se veja boa vontade na manifestação, a urgência da situação fático/jurídica representa situação de clara insegurança jurídica para resolver a questão.

No entanto, existem aqueles que consideram o questionamento quanto à constitucionalidade do artigo de lei mera preocupação dos membros do *parquet* em não conseguirem o protagonismo da investigação, bem como da ação penal:

Percebe-se que, talvez por uma influência corporativista, visando um indevido protagonismo do MP na investigação criminal, os autores citados invocam argumentos frágeis e que não encontram amparo em nosso ordenamento jurídico. Ora, se nenhuma providência probatória pudesse ser tomada sem a consulta do titular da ação penal, então nem o inquérito policial poderia ser instaurado pelo delegado de polícia, que também não poderia requisitar perícia, ouvir testemunhas, apreender objetos, etc. Se prevalecesse esse entendimento, a própria existência do inquérito policial perderia sentido¹².

O argumento de que o Ministério Público busca um protagonismo indevido na investigação¹³, parece um tanto quanto desarrazoado, porque ao ser o titular da ação penal pública deve possuir como uma de suas atribuições a investigação dos fatos tidos como criminosos¹⁴, já que é o maior interessado na obtenção de elementos de autoria e materialidade do delito.

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

¹² NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado de Polícia tem Legitimidade para celebrar colaboração premiada**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegadolegitimidadecelebrarcolaboracaopremiada#author>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

¹³ O que talvez exista, como expõem Gustavo Henrique Badaró em sua obra, é a falta de regulamentação legal sobre a forma que se conduzirá a investigação pelo Ministério Público, mas não quanto a sua constitucionalidade, uma vez que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, já decidiu pela sua constitucionalidade. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pag. 154-155).

¹⁴ O autor Guilherme Madeira ao escrever sobre o tema aponta para a legitimidade do Ministério Público para a realização da investigação penal, tendo em vista a teoria dos poderes implícitos criada pela Suprema Corte Americana. Segundo a teoria, quando a Constituição atribui uma função para determinado órgão, lhe garante também os poderes necessários para realizá-la. DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 149.

A afronta à titularidade da ação penal é tão controvertida que levou a proponente de ação direta de inconstitucionalidade, questionando-se a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Porém, ao final, a ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo-se a constitucionalidade dos dispositivos legais e, por consequência, entendendo-se como preservada a titularidade privativa da ação penal pública conferida ao ministério público.

3.1. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, § 2º DA LEI 12.850/2013 SEGUNDO O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

No recente julgamento da ADI 5508, como pode ser observado pelo informativo nº 907¹⁵ do Supremo Tribunal Federal, os ministros julgaram improcedente a ação proposta pelo procurador geral da república, considerando como constitucional e legítima a possibilidade de o delegado de polícia realizar as negociações no acordo de colaboração premiada.

No julgamento acima, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, acompanharam o relator do caso, ministro Marco Aurélio¹⁶, e consideraram que pelo fato da colaboração premiada ser um meio de obtenção de provas e como ao delegado de polícia é a autoridade incumbida de realizar a investigação penal, não seria razoável restringir suas atribuições, bem como conferir tais poderes à autoridade policial em nada afetaria a titularidade da ação penal própria do ministério público.

Os Ministros Edson Fachin¹⁷, Rosa Weber e Luiz Fux¹⁸ divergiram em parte da maioria, na medida em que consideraram que a autoridade policial é legítima para a celebração do acordo, porém, a manifestação do Ministério Público é necessária e deve ser vinculante, o que tiraria do delegado de polícia a autonomia atribuída, porquanto o tornaria mero instrumento do ministério público para a realização da diligência.

Por sua vez, o ministro Dias Toffoli¹⁹ entendeu ser o delegado legitimado para realizar o acordo de colaboração premiada. Todavia, poderia propor somente os prêmios genéricos da redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos.

¹⁵ STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁶ O Ministro Marco Aurélio em seu voto atribui a legitimidade ao Delegado de Polícia para realizar o acordo de colaboração premiada, inclusive, com a possibilidade de representação pela concessão do perdão judicial se valendo dos argumentos de que seria prejudicial a concentração de tal prerrogativa apenas para os membros do Ministério Público; que o Delegado é quem preside com exclusividade o inquérito, com base na lei 12.830/2012; que a representação pela concessão do perdão judicial não viola o sistema acusatório, relacionando-se apenas com o poder de punir do Estado e retirar tal faculdade da Autoridade Policial apenas enfraqueceria a persecução penal e por fim aponta que o necessário para o combate à criminalidade é uma cooperação entre as instituições e não conflitos por corporativismo dos órgãos. Íntegra do voto vide: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁷ O ministro Luiz Edson Fachin julgou parcialmente procedente a ação, para, sem redução de texto, excluir a interpretação aos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013 que contemple poderes aos delegados de polícia para celebrar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada. STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁸ STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>> Acesso em 31 de agosto de 2018).

¹⁹ O ministro Dias Toffoli julgou parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme à constituição legitimando a autoridade policial, mas desde de que, na sua proposta — art. 6º, II, da Lei 12.850/2013 —, somente figurem, de modo genérico, as sanções premiais expressamente previstas no art. 4º, “caput” e seu § 5º, da Lei 12.850/2013, contudo exigindo

Assim, parece quase unânime que o delegado de polícia, ao realizar o acordo de colaboração premiada, não viola a titularidade do ministério público na propositura da ação penal. Não obstante, ao representar pelo perdão judicial, a autoridade policial realmente não interfere na propositura da ação penal, contudo pode vincular a decisão final do magistrado, pois como colocado por César Roberto Bitencourt, preenchidos os requisitos legais, o benefício deverá ser concedido:

Embora as opiniões dominantes concebam o *perdão judicial* como mero benefício ou favor do juiz, entendemos que se trata de *um direito público subjetivo de liberdade* do indivíduo, a partir do momento em que preencher os requisitos legais. Como dizia Frederico Marques, os benefícios são também direitos, pois o campo do *status libertatis* se vê ampliado por eles, de modo que, satisfeitos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los. Ademais, é inconcebível que uma causa extinta da punibilidade fique relegada ao puro arbítrio judicial.²⁰

O que se observa é que como os requisitos²¹ para a concessão do perdão judicial que, no caso da Lei 12.850/2013, seria a colaboração eficaz e a representação da autoridade policial ou requerimento do ministério público, o magistrado estaria obrigado a concedê-lo na medida em que homologado o acordo em momento anterior à sentença, avaliando como efetiva a colaboração realizada.

Destarte, caso o *parquet* se manifeste contra a concessão do perdão, mas a autoridade policial represente pela benesse, o juiz, ao final do processo, deverá concedê-lo, proferindo, portanto, decisão contrária à pretensão do titular da ação penal, com base na manifestação de autoridade que sequer é sujeito processual.

Esse é o posicionamento exposto por Eduardo Araújo da Silva:

Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do jus puniendi estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das

antes a manifestação, sem caráter vinculante, do Ministério Público. STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 886.

²¹ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Lei das Organizações Criminosas**, artigo 4º, §6º, Diário Oficial da União, Brasília, 16 de setembro de 2013).

funções acusatórias em juízo. Em caso semelhante, quando da discussão sobre a possibilidade de acordo entre o acusado e o juiz para fins de suspensão condicional do procedimento *ex-officio* (art. 89 da Lei no 9.099/95), a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou-se no sentido da impossibilidade de outro órgão dispor da ação penal pública.²²

Portanto, após a decisão de improcedência da ADI 5508, a representação da autoridade policial pela concessão do perdão judicial não ofende a titularidade da ação penal pública estipulada ao ministério público pela Constituição da República, todavia, acaba vinculando a decisão final do magistrado, pela representação do delegado de polícia que não é parte no processo.

4. ANÁLISE ACERCA DAS POSSIBILIDADES PARA PRESERVAÇÃO DAS FUNÇÕES ACUSATÓRIAS

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, busca-se a medida mais correta, a fim de se preservar o sistema acusatório e, por corolário, garantir que as funções atribuídas ao ministério público, no que diz respeito à propositura e condução da ação penal pública, sejam preservadas.

Inicialmente, a lei 12.850/2013 traz uma possibilidade que se mostra equivocada para o presente caso, conforme § 2º do artigo 4º do diploma legal. A medida apresentada é a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, que determina a remessa dos autos ao procurador-geral de justiça:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

O supracitado refere-se à remessa dos autos ao procurador-geral de justiça por motivo de discordância pelo juiz quanto ao pedido de arquivamento. No entanto, o que a Lei 12.850/2013 tenta estabelecer é uma saída para o ministério público no caso da concessão do perdão judicial em face de seu posicionamento contrário.

Andrey Borges de Mendonça defende a aplicabilidade do artigo no caso de colaboração premiada, porquanto também advoga a participação efetiva e vinculante do ministério público no acordo de colaboração premiada:

Assim, não nos parece possível a homologação de acordo que não tenha a efetiva participação do membro do MP ou, ao menos, a sua concordância. Nada impede que o MP ratifique o acordo feito, devendo ter cautela apenas em verificar a voluntariedade do agente. Porém, caso o Delegado realize

²² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. pág 61

acordo e o membro do MP manifeste-se em contrário, somente caberá ao juiz, caso concorde com o Delegado, aplicar o art. 28 do CPP. Não poderá homologá-lo nesse caso²³

A medida proposta pela lei apresenta novamente uma afronta ao sistema acusatório, tal qual a legitimidade do delegado propor o perdão judicial, pois atribui ao chefe do ministério público o poder de realizar um ato - a concessão do perdão judicial - que é ato privativo do magistrado, ocorrendo mais uma usurpação da função de um sujeito processual pelo outro.

Assim, ensinam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto ao tratarem o tema:

Não apreendemos no que consistiria, exatamente, a aplicação do art. 28 do CPP, conforme ressalvado na parte final deste dispositivo. Suponha-se que, requerido o perdão judicial pelo Ministério Público, o juiz indefira o pedido. Poderia ser invocado o art. 28 do CPP, com a remessa dos autos ao procurador-geral para que desse a última palavra sobre o cabimento ou não do benefício? Pensamos que não. Jamais poderia o chefe do “parquet”, com efeito, impor ao juiz a concessão do perdão que é ato privativo do Magistrado, quando da prolação da sentença²⁴.

Os autores propõem uma solução lógica que seria a interposição de recurso pelo membro do ministério público no caso de discordância da concessão do perdão judicial, a fim de que seja submetida a matéria à instância superior:

Vale destacar, em acréscimo, que na hipótese de acolhimento, pelo juiz, da representação policial a despeito do posicionamento contrário do Ministério Público, restará sempre a este órgão a possibilidade de recurso às instâncias superiores.²⁵

Entretanto, não é razoável imaginar que o ministério público tenha que aguardar todo o trâmite processual para demonstrar seu inconformismo com a decisão, assim, ainda que a solução pareça lógica, não se mostra eficaz tendo em vista o sistema judiciário brasileiro atual.

4.1 A INTERPRETAÇÃO DA LEI 12.850/2013 CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO SENDO A MEDIDA MAIS CORRETA A SER APLICADA

²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Lei 12.850/13**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 53.

²⁵ *Ibidem*, p. 56.

O ordenamento jurídico possui uma hierarquia entre as normas²⁶, sendo que nenhuma norma infraconstitucional deve se sobrepor à Constituição Federal. Assim, caso uma norma se mostre contrária ao texto constitucional deverá ser declarada inconstitucional.

No que se refere ao texto legal sob análise no presente artigo, verifica-se, como já mencionado, que foi proposta ação direta de inconstitucionalidade, contudo tal ação foi julgada improcedente e a Lei 12.850/2013 teve a constitucionalidade do artigo 4º, §§ 2º e 6º preservada, mantendo a legitimidade do delegado de polícia para realizar o acordo de colaboração premiada.

Porém, a autoridade policial pode ser parte legítima para realizar o acordo de colaboração premiada, desde que não tenha ampla liberdade para garantir ao colaborador todos os prêmios previstos na lei, especificamente o perdão judicial.

Como a norma já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que se está propondo é que agora se realize a interpretação do artigo 4º, § 2º da Lei 12.850/2013, conforme a Constituição Federal, preservando-se principalmente a função acusatória conferida ao Ministério Público no sistema processual penal.

Alexandre de Moraes, ao escrever sobre o tema, define a interpretação conforme a Constituição da seguinte maneira:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.²⁷

Assim, o que se busca com tal técnica de interpretação é a preservação da norma, utilizando-a da forma que mais se adeque com os valores trazidos pela Constituição Federal, com o escopo de que não seja necessária a declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que esta seria a medida extrema, que apenas se justificaria em caráter excepcional.

No caso do § 2º do artigo 4º da Lei 12.850/2013, o que já ocorreu pelo julgamento da ADI 5508, foi a manutenção da constitucionalidade da norma, pois o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o requerimento do procurador geral da república. Por outro lado, caberia a utilização da

²⁶ Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed.ver.e.atual. São Paulo: atlas, 2014, p.785.

técnica da interpretação conforme a Constituição Federal²⁸ para preservar as funções conferidas ao Ministério Público.

A lei 12.850/2013 no artigo 4º estabeleceu os prêmios que podem ser concedidos ao colaborador por meio do acordo realizado pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia. Esses prêmios consistem em redução de até dois terços da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o perdão judicial que é o prêmio em análise neste artigo.

Não é razoável presumir que o delegado de polícia possa extrapolar suas competências ao realizar o acordo, assim, o que se mostra mais coerente em se tratando do assunto, é que ao delegado se permita realizar o acordo com o colaborador premiado, tendo em vista ser um meio de obtenção de provas inerente à atividade policial²⁹, entretanto, teria liberalidade para propor apenas os prêmios de redução ou substituição de pena, excluindo-se o perdão judicial sob pena de ofensa ao sistema acusatório. A limitação mostra-se necessária na medida em que ao representar pela concessão do perdão judicial, a autoridade policial vincularia a postura do ministério público no curso da ação penal, limitando-se sua atividade à luz do texto constitucional.

Portanto, a interpretação defendida no ensaio quanto à legitimidade do delegado no acordo de colaboração premiada é de que seja parte legítima para realizar o acordo de delação premiada, mas não poderá em hipótese alguma representar pela concessão do perdão judicial, reservando-se a possibilidade da propositura de tal prêmio apenas ao ministério público, que é o titular da ação penal pública e quem exerce de fato a função acusatória.

5. CONCLUSÃO

A titularidade da ação penal pública conferida exclusivamente ao Ministério Público pela Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, mostra de forma clara a opção do Brasil pela adoção do sistema penal acusatório, em que as partes têm suas funções muito bem definidas, sendo o magistrado imparcial no processo.

Ao conferir ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela concessão do perdão judicial na colaboração premiada, está se admitindo a realização de atividade que não condiz com suas atribuições, assim como limitando o poder de atuação do *parquet*.

De fato, a celebração de acordo de colaboração premiada pelo delegado de polícia não viola a titularidade da ação penal pública, contudo, na hipótese de representação pela concessão do perdão

²⁸ Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há que se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1820.

²⁹ Ademais, é na fase de investigação o momento mais propício para que a colaboração premiada ocorra e para que os fatos possam ser completamente esclarecidos, notadamente mediante a conjugação de outros meios de obtenção de prova, cuja a participação da autoridade que preside a investigação é fundamental (ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado> > Acesso em 02 de fevereiro de 2018).

judicial, mesmo com a discordância externada, pode-se vislumbrar vinculação indevida da sentença que será proferida.

Portanto, inegável o importante papel da autoridade policial na fase pré-processual. No entanto, o que deve ocorrer é uma interpretação da Lei 12.850/2013 conforme a Constituição Federal, admitindo-se, que a autoridade policial realize o acordo de colaboração premiada na fase investigatória. Por outro lado, em hipótese alguma poderá representar pela concessão do perdão judicial, sendo que apenas possui legitimidade para propor prêmios que não interfiram na persecução penal conduzida pelo ministério público e não vinculem a decisão final do magistrado.

6. REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508, de 26 de abril de 2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10843941&tipo=TP&descricao=ADI%2F5508>> Acesso em 26 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 127, Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Lei das Organizações Criminosas**, Diário Oficial da União, Brasília, 16 de setembro de 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**, Diário Oficial da União, Brasília, 3 de outubro de 1941.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Lei 12.850/13**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível

em: <file:///C:/Users/Note/Downloads/2013_Direito_Publico_Andrey_delacao_premiada.pdf >. Acesso em 07 de setembro de 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed.ver.e.atual. São Paulo: atlas, 2014.

NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado de Polícia tem Legitimidade para celebrar colaboração premiada**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada#author>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Da Inconstitucionalidade da Proposta do Delegado de Polícia para Fins de Acordo de Delação Premiada: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: 2013. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>) Acesso em 27 jan. 2018.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO NA CIDADE DE LONDRINA, PARANÁ

Emily Garcia

Mestranda em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), com financiamento da Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), em convênio com o Centro Universitário Internacional (UNINTER), 2018. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), 2017. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), 2015. Advogada. Professora de Direito na instituição de ensino UNIASSELVI.

Tatiane Garcia

Graduanda em Odontologia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

RESUMO: Muitas reclamações são recebidas pelo Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) acerca de danos causados por prestadores de serviço na área da saúde relacionadas a descumprimento contratual, danos pessoais ou materiais causados ao consumidor, propaganda enganosa e condutas como imperícia, negligência e omissão de atendimento. A realização da atividade laboral do cirurgião-dentista envolve um conjunto de responsabilidades de âmbito civil, penal, administrativo e ético que conduzem o exercício da profissão e apresentam como finalidade a reparação dos danos que gerar. Diante disso, objetiva-se no presente artigo tratar a responsabilidade civil do cirurgião-dentista por meio do método dedutivo e análise empírica com base nos dados que chegam ao PROCON da cidade de Londrina, Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Odontologia legal; Deontologia.

INTRODUÇÃO

A deontologia é uma filosofia moral que diz respeito ao conjunto de deveres individuais, bem como profissionais, pautados à luz de um código específico. O código de ética trata das diretrizes que norteiam a conduta e postura de profissionais de uma determinada classe, assim ocorre com a odontologia.

A realização da atividade laboral do cirurgião-dentista envolve um conjunto de responsabilidades de âmbito civil, penal, administrativo e ético que conduzem o exercício da profissão visando regular os direitos e obrigações do profissional, bem como do paciente, a fim de se evitar um dano.

Desse modo, ao se tratar da responsabilidade civil do cirurgião-dentista, regida pelo Código Civil (CC) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pressupõe-se um desvio de conduta profissional ou moral por parte do dentista e tem como finalidade a reparação do dano gerado.

1. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

Com relação aos contratos, é importante ressaltar logo de início, que não há consenso entre os autores quanto a responsabilidade contratual, muitos procedimentos realizados pelo cirurgião-dentista são considerados como obrigações de resultado, como as restaurações, reabilitações protéticas e atividades da odontologia preventiva (cf. VENOSA, 2015, p.176-177), enquanto outros são considerados como obrigações de meio, que é o caso dos tratamentos endodônticos, ortodônticos, periodônticos e cirurgias bucomaxilofaciais (cf. KFOURI NETO, 1998, p.49). No entanto, a postura do profissional é de extrema relevância, não devendo este garantir resultados, mas apresentar as limitações da técnica e oferecer alternativas de tratamento, de modo a respeitar a autonomia do paciente (cf. FADEN & BEAUCHAMP, 1986).

É fato que a odontologia acontece por meio da prestação de serviços, regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, dessa forma o cirurgião-dentista responde pela responsabilidade por defeito, quando o serviço prestado causa danos ao patrimônio jurídico do consumidor, sendo ele material, moral, estético ou à sua imagem.

Segundo o artigo 14 da lei 8.078/90, que trata da responsabilidade pelo fato do serviço “o *fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco*”. Por isso a importância de um vínculo contratual bem estabelecido, a fim de garantir a idoneidade do profissional. Uma vez que a responsabilidade por parte do cirurgião-dentista segue o mesmo pressuposto aplicado aos médicos, tendo em vista ambos se classificarem como profissional liberal, logo com responsabilidade sujeita a demonstração de dolo e culpa (responsabilidade subjetiva). Dessa forma, o estabelecimento da responsabilidade dependerá da comprovação de culpa devido a subjetividade da conduta.

Todas as informações constantes no contrato dão suporte ao paciente para que este assine o Termo de Consentimento livre e Esclarecido, de modo que o paciente compartilhe a responsabilidade dos procedimentos a serem realizados juntamente com o cirurgião-dentista, uma vez que os limites da técnica são previamente informados. É fato que a maioria dos acidentes e complicações inerentes à técnica são previsíveis e devem ser informadas no momento do contrato, as demais intercorrências geralmente decorrem de erro na técnica e são passíveis de imputabilidade.

A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir responsabilidade àquele que comete um ato ilícito, que viola o direito ou causa dano a outrem. As principais condutas do cirurgião-dentista que incorre à culpa são a imperícia, negligência e omissão. A imperícia é a falta de habilidade para a realização de uma atividade técnica ou científica, enquanto na negligência o profissional age com falta de cuidado e de atenção, e por fim, na omissão, o profissional deixa de cumprir seu dever, mesmo sendo sua obrigação e tendo condições para tal.

A principal ferramenta que o cirurgião-dentista dispõe para construção da sua defesa em juízo é o prontuário odontológico, um documento de preenchimento obrigatório, que deve ser atualizado pelo profissional a cada consulta. Trata-se de um documento do paciente, porém a sua guarda é do profissional, que mantém ali o registro de todos os procedimentos realizados no paciente, bem como os demais documentos indispensáveis para o planejamento e execução do tratamento odontológico.

Constitui dever fundamental do cirurgião-dentista, de acordo com o art. 9º, X, do Código de Ética Odontológico “*elaborar e manter atualizados os prontuários na forma das normas em vigor, incluindo os prontuários digitais*”. Ainda no mesmo código, no capítulo VII diz que:

ART. 17. É OBRIGATÓRIA A ELABORAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE FORMA LEGÍVEL E ATUALIZADA DE PRONTUÁRIO E A SUA CONSERVAÇÃO EM ARQUIVO PRÓPRIO SEJA DE FORMA FÍSICA OU DIGITAL.

PARÁGRAFO ÚNICO. OS PROFISSIONAIS DA ODONTOLOGIA DEVERÃO MANTER NO PRONTUÁRIO OS DADOS CLÍNICOS NECESSÁRIOS PARA A BOA CONDUÇÃO DO CASO, SENDO PREENCHIDO, EM CADA AVALIAÇÃO, EM ORDEM CRONOLÓGICA COM DATA, HORA, NOME, ASSINATURA E NÚMERO DE REGISTRO DO CIRURGIÃO-DENTISTA NO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA.

ART. 18. CONSTITUI INFRAÇÃO ÉTICA:

I - NEGAR, AO PACIENTE OU PERICIADO, ACESSO A SEU PRONTUÁRIO, DEIXAR DE LHE FORNECER CÓPIA QUANDO SOLICITADA, BEM COMO DEIXAR DE LHE DAR EXPLICAÇÕES NECESSÁRIAS À SUA COMPREENSÃO, SALVO QUANDO OCASIONEM RISCOS AO PRÓPRIO PACIENTE OU A TERCEIROS;

Dessa forma é possível estabelecer um vínculo de confiança e transparência entre profissional e paciente, bem como proteger-se legalmente de reclamações e processos. No entanto, mesmo com a possibilidade de resguardo da atividade do profissional danos ainda ocorrem. O presente artigo, diante

disso, pretende analisar os casos de danos relacionados à prestação de serviços odontológicos na cidade de Londrina, Paraná.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIDADE DE LONDRINA, PARANÁ

Apenas no ano de 2017, o PROCON do Paraná recebeu 581.508 reclamações, sendo 2.213 (2,49%) relacionadas à área da saúde, a 5ª área com maior número de reclamações. Na cidade de Londrina, foram recebidas 3.966 reclamações, 140 delas na área da saúde, somando 2,30% do total de reclamações.

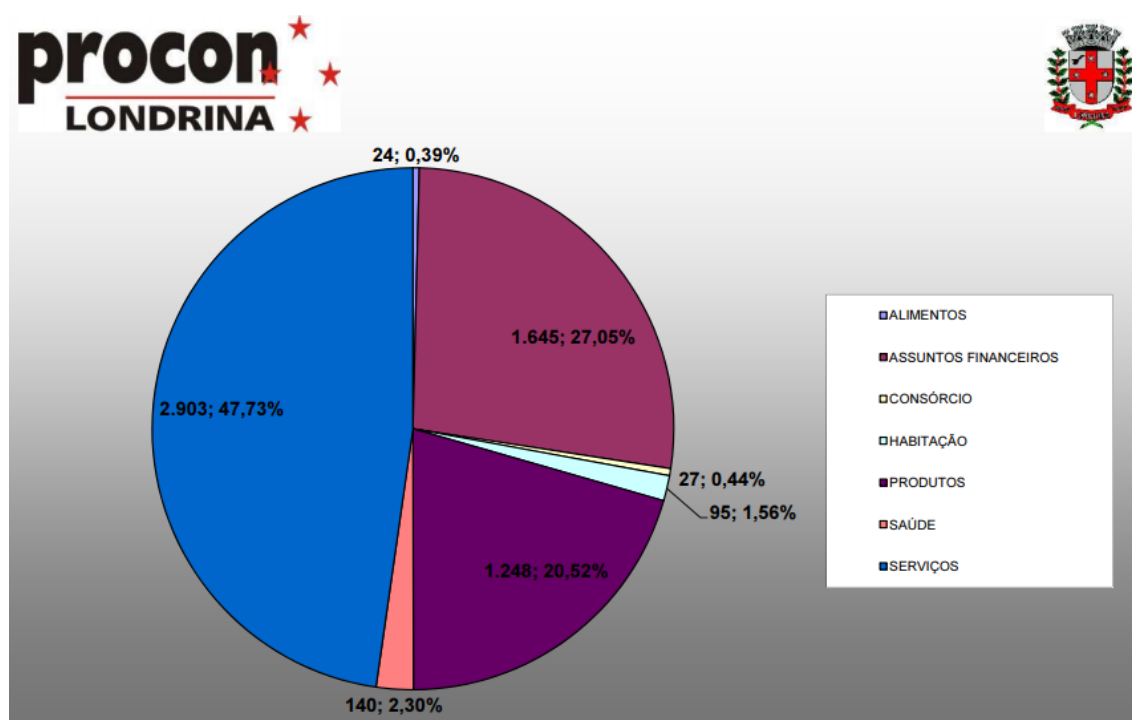


Figura 1 Núcleo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON - LONDRINA. 2017

As principais reclamações estão relacionadas a descumprimento contratual, danos pessoais ou materiais causados ao consumidor, propaganda enganosa e a conduta do profissional (imperícia, negligência e omissão de atendimento). Os dados da tabela abaixo foram retirados do site do PROCON de Londrina.

Tabela 1- LONDRINA EM DADOS - ANO BASE 2017 - Adaptação.

ÁREA	ASSUNTO	PROBLEMA	QUANTIDADE	ANO
SAÚDE	CLINICA	Contrato	8	2017
SAÚDE	CLINICA	Danos causados ao consumidor (pessoais ou materiais)	5	2017
SAÚDE	CLINICA	Propaganda enganosa	2	2017
SAÚDE	CONVÊNIO	Contrato	4	2017
SAÚDE	CONVÊNIO	Imperícia, negligência, omissão de atendimento	1	2017

Segundo o Código de Ética Odontológica constitui infração ética:

ARTIGO 32, VII: “DEIXAR DE PRESTAR OS SERVIÇOS AJUSTADOS NO CONTRATO”.

ARTIGO 44, I: “FAZER PUBLICIDADE E PROPAGANDA ENGANOSA, ABUSIVA, INCLUSIVE COM EXPRESSÕES OU IMAGENS DE ANTES E DEPOIS, COM PREÇOS, SERVIÇOS GRATUITOS, MODALIDADES DE PAGAMENTO, OU OUTRAS FORMAS QUE IMPLIQUEM COMERCIALIZAÇÃO DA ODONTOLOGIA OU CONTRARIE O DISPOSTO NESSE CÓDIGO”.

A aplicação da pena por violação do Código de Ética é de competência dos Conselhos Regionais e está prevista no artigo 18 da Lei nº. 4.324, de 14 de abril de 1964, que podem variar de advertências confidenciais, censuras confidenciais, censura pública, suspensão do exercício profissional por até 30 dias ou até mesmo a cassação do exercício profissional. Além das penalidades decorrentes do Código de Ética o dentista fica obrigado a reparar os danos causados no paciente com as sanções decorrentes do Código Civil.

No entanto, a Responsabilidade Civil subjetiva só ocorre diante de determinados elementos, sendo eles a existência de uma conduta comissiva ou omissiva, de um dano, nexos causal e, por fim, dolo ou culpa. Diz-se conduta comissiva aquela que resulta da ação de um agente que tende a um fim. Enquanto a conduta omissiva ocorre pela ausência da prática em si ou não observância da obrigação de fazer.

O dano pode ser patrimonial, quando ligado a um interesse econômico, ou extrapatrimonial, que fere o direito da personalidade da pessoa humana, de acordo com o art. 5º, V e X, CF:

V - É ASSEGURADO O DIREITO DE RESPOSTA, PROPORCIONAL AO AGRAVO, ALÉM DA INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, MORAL OU À IMAGEM;

X - SÃO INVOLÁVEIS A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA, A HONRA E A IMAGEM DAS PESSOAS, ASSEGURADO O DIREITO A INDENIZAÇÃO PELO DANO MATERIAL OU MORAL DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO;

O nexo causal, por sua vez, define a relação de causa entre o dano causado e o agente da conduta, atribuindo culpa e definindo a extensão de sua ação. A ação dolosa ou culposa constitui elemento fundamental na responsabilidade civil subjetiva partindo dela a obrigação de reparação. Somente quando o autor comprovar nexo causal entre a conduta do profissional e o dano gerado iniciam-se os procedimentos jurisdicionais na esfera cível.

Um número crescente de processos envolvendo a Responsabilidade Civil odontológica na cidade de Londrina foi observado em um levantamento realizado por Junior H.L.L et al. (2017) entre os anos de 2006 e 2015. As principais especialidades envolvidas foram a Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial, Endodontia, implantodontia, Prótese Dentária e Ortodontia, os autores ressaltam, ainda, o baixo número de profissionais que apresentavam título de especialista registrado no Conselho Regional de Odontologia, sendo 7,15% (n=2) para pessoas físicas e 17,07% (n=7) nas pessoas jurídicas, sabendo que no levantamento, os autores elucidaram um total de 28 pessoas físicas e 41 pessoas jurídicas, somadas as especialidades citadas acima, envolvidas em litígio. Os autores concluem que o número crescente de processos na cidade acompanha uma realidade observada em todo país.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto é possível observar que atualmente a sociedade, na imagem do paciente, está cada dia mais ciente dos seus direitos e críticos a respeito da conduta dos profissionais da área da saúde.

Muito se dá pela comercialização dos procedimentos, uma vez que muitos profissionais visam o lucro, seja pela indicação de sobretratamentos, incompetência técnico-científico, não observância dos protocolos de atendimento ou aceitação de uma demanda maior do que àquela que está preparado, causando desagrado ou outros danos ao paciente.

Além disso, o despreparo do cirurgião-dentista, seja pelo desconhecimento de suas responsabilidades civis seja pela falta de observância para com o prontuário odontológico, tornam

numerosas as reclamações e os processos que são abertos em decorrência do exercício inadequado da profissão. Muitos desses resultados, conforme é possível concluir pela pesquisa, podem ser evitados pela boa relação profissional-paciente, ou facilmente resolvidos com um prontuário completo e bem confeccionado. A prevenção de danos, portanto, é o caminho para o bom relacionamento entre o profissional e o paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Federal de Odontologia. **Código de Ética Odontológica**. Resolução nº. 118 de 11 de maio de 2012. Rio de Janeiro, CFO, 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 11/1/2002, Página 1, Brasília (DF), 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 12 de novembro de 1990.

BRASIL. **Lei nº 4324, de 14 de abril de 1964**. Institui o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Odontologia, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 15/4/1964.

FADEN R.R; BEAUCHAMP T.L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford. 1986.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JUNIOR H.L.L, TERADA A.S.S.D, SILVA R.H.A, SOLTOSKI M.P.C. **Levantamento de processos de responsabilidade civil envolvendo a odontologia na comarca de Londrina, Paraná, Brasil**. Revista Jurídica – UNICURITIBA. vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017. pp. 515-531. DOI: 10.6084/m9.figshare.5581765.

PROCON PARANÁ. **Relatório Estatístico de Atendimentos 2017**. Disponível em: <http://www.procon.pr.gov.br/modules/consultas_externas/index.php?cod=1>. Acesso em: 20 outubro 2018.

PROCON LONDRINA. **Relatório Estatístico de Atendimentos 2017**. Disponível em: <
http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/procon/estatisticas/2017/estatistica_2017.pdf>. Acesso em: 20 outubro 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15^a. ed. Atlas: Atlas, 2015.

REFERÊNCIA DE IMAGEM:

Figura 1. PROCON LONDRINA. **Relatório Estatístico de Atendimentos 2017**. Disponível em: <
http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/procon/estatisticas/2017/estatistica_2017.pdf>. Acesso em: 20 outubro 2018.

REFERÊNCIA TABELA:

Tabela 1- LONDRINA EM DADOS - ANO BASE 2017 - Adaptação. PROCON LONDRINA. **Relatório Estatístico de Atendimentos 2017**. Disponível em: <
http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/procon/estatisticas/2017/estatistica_2017.pdf>. Acesso em: 20 outubro 2018.

A LEI, O PAI E SEU DECLÍNIO: FUNÇÃO PATERNA, FUNDAMENTOS DA LEI NO INDIVÍDUO, FUNÇÃO INTERDITÓRIA DO DIREITO

Maria Christina Freitas Ramos Pugsley

Procuradora do Município de Londrina lotada na Gerência de Assuntos de Pessoal – GAP. Diretora do Núcleo de Estudos Jurídicos da Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Licenciada em Música pela UEL. Especialista em Direito do Estado pela UEL. Especialista em Direito Tributário pela LGD-Unisul. Especialista em Psicanálise pela Faculdade Pitágoras Londrina.

RESUMO: Sob a ótica da psicanálise trilhamos o caminho do pai à lei. A figura do pai e sua função são centrais nos estudos e em toda obra de Freud, base de toda sua construção teórica. Esse artigo relata aspectos identificados por Freud passando pela pergunta: o que é um pai?, destacando momentos da escrita freudiana sobre o pai, passando pelas reflexões de Lacan sobre o tema e sua construção teórica até a sociedade contemporânea. O papel do pai na sociedade de hoje, a decadência da função paterna e sua relação com o mal-estar da civilização.

PALAVRAS-CHAVE: O Pai. A Lei. Declínio da função paterna. Fundamentos da lei no indivíduo. Função interditória do direito.

ABSTRACT: Over the view of psychoanalysis we make the way of the Father towards the Law. The Father and his role are highlighted in the study and also in every work of Freud, basis of all his theoretical development. This article refers to aspects identified by Freud passing by the question: What is the Father? Highlighting moments of Freud writings about The Father, going thru Lacan reflexions about the theme and its theoretical development as far as the contemporary society. The role of the Father in our present society, the decadence of Paternal role and its relationship with the civilization unease.

KEYWORDS: The Father, the Law, the decline of Paternal Role, The law fundaments over the individual. The interdictive function of the Law.

1. INTRODUÇÃO:

Como profissional do direito, advogada de formação, atuando como procuradora pública, amante das ciências humanas e do conhecimento relacionado às complexidades da sociedade humana e do aparelho psíquico, agora mais do que uma curiosa em psicanálise, mas também uma estudante na área, a questão do pai e sua relação com a lei me impulsionou ao estudo que determinou este artigo, trabalho final do curso de especialização em psicanálise de Freud à Lacan.

Freud em sua obra, desde seus primeiros escritos, identificou a figura do pai e seu lugar, destacando seu papel fundamental na estruturação psíquica do sujeito, como também na

cultura e na organização da sociedade. Para Freud o lugar do pai é central, determinante e articulador de toda a reflexão da psicanálise freudiana.

O contexto histórico em que Freud viveu era patriarcal, numa sociedade e cultura onde havia uma equivalência entre os meios de subjetivação e ação física e simbólica do pai. O que isso significa? Que Deus, padre, professor, militar, juiz e outros, encarnavam os sinais da figura simbólica do pai. Ou seja, naquele momento histórico falar de função paterna, era mais simples, pois o conceito estava embasado no poder concreto do pai de família, e de sua função paterna. De lá pra cá, é visível que muitas mudanças ocorreram na sociedade e ela ainda está se transformando.

Às vésperas do colapso da Bolsa de Valores de Nova York (1929), Freud escreveu sobre o mal-estar na civilização, efetuando uma investigação sobre as raízes da infelicidade humana, o conflito entre pulsões e cultura, e a forma que esse conflito assume na civilização moderna. As novas configurações na sociedade contemporânea trazem o mesmo sentimento de mal-estar na civilização relatado por Freud, havendo premente necessidade de reflexão a respeito de vários temas como o pai, a autoridade, a família, funções parentais, o direito e a lei.

Lacan, psicanalista francês, no artigo “A Família” 1987, artigo que foi publicado nos outros escritos com o nome de “Os complexos familiares na formação do indivíduo”, identificou essa questão falando sobre o declínio da imagem social do pai, fazendo também uma ligação entre a fragilização da função paterna que é desencadeante de uma crise psicológica identificada através das neuroses contemporâneas. A sociedade contemporânea traz resíduos que são efeitos da corrosão do projeto da modernidade, vindo a produzir alterações significativas no que tange à questão paterna e à estrutura da vida familiar. O sujeito da atualidade parece se esforçar por prescindir das referências simbólicas que, entretanto, são exatamente aquelas que o asseguram.

Esse pensamento nos faz interrogar sobre a identidade e o lugar do pai como referencial simbólico, redimensionado diante dessas mutações nas instituições sociais e culturais, no processo de constituição da subjetividade dos filhos e na forma de referência à lei.

Pretende-se trazer à reflexão os impasses vivenciados com o declínio da função paterna, o papel e o poder do pai na sociedade, a relação com o mal estar hoje vivenciado, tudo sob a ótica da psicanálise, vislumbrando as novas formas de sofrimento e sintomatologia, passando pela questão no campo social e na lei.

2. O PAI NA TEORIA FREUDIANA

O pai em Freud aparece como tema central na análise dos seus próprios sonhos, na escuta clínica, na base da construção teórica e na transmissão do seu legado psicanalítico. A questão

acerca do pai vai além do biológico, do genitor ou da referência genética da reprodução, estes pontos não bastam para se engendrar a paternidade. Freud falou da transposição do aspecto da procriação, salientando a representação simbólica deste e a lógica do funcionamento psíquico. “Ser pai” tem a ver com a instalação da realidade psíquica do sujeito. A paternidade não é questão de hereditariedade, mas de palavra.

De acordo com Freud todo ser humano deve sua origem a um pai e a uma mãe, não tendo como escapar dessa triangulação que constitui o centro do conflito humano. Essa triangulação perpassa toda a vida do sujeito, sendo esse acontecimento que definirá a estrutura psíquica do indivíduo.

Temos então a pergunta, “o que é um pai?”, desde os primeiros passos da experiência clínica de Freud, o tema foi sustentado em vários momentos de sua obra. O complexo de Édipo, Totem e Tabu, e O homem Moisés e a Religião Monoteísta escrito já no final da vida, estes são, sem dúvida, entre muitos outros, os três principais momentos da escrita freudiana sobre o pai. Assim, veremos de uma leitura da obra de Freud, as pegadas deixadas na construção do que vem a ser um pai para a teoria psicanalítica, e as várias etapas desenvolvidas em sua construção teórica, para posteriormente chegarmos aos dias de hoje identificando sua influência no sentido da lei.

2.1. O pai no complexo de Édipo.

O Complexo de Édipo foi um conceito criado com base na mitologia grega do Édipo Rei. Nesse cenário, Édipo, sem saber que Jocasta é sua mãe, casa-se com ela e assassina o próprio pai, inconsciente do grau de parentesco familiar. Quando descobre a verdade, Édipo, cega a si mesmo e sua mãe se suicida. O mito traz em evidência sentimentos de amor e ódio direcionados para aqueles que lhes são mais próximos, os pais.

Para a teoria psicanalítica freudiana, o Édipo é o momento crucial da constituição do sujeito, o núcleo das neuroses, e também, o ponto decisivo da sexualidade humana. Será a partir do Édipo que o sujeito irá estruturar e organizar o que virá a ser, ou acontecer psíquico, sobretudo em torno da diferenciação entre os sexos e de seu posicionamento frente à angústia de castração. Desta feita, o complexo de Édipo é, sem dúvida, a “experiência central dos anos da infância, o maior problema do início da vida e a fonte mais intensa de inadequação posterior” (Freud, 1940/1996, Um exemplo de trabalho psicanalítico (1940), v. XXIII, p. 197207. p. 205).

No complexo de Édipo, a criança mantém sua mãe como objeto de amor, pois ela é quem satisfaz todas as necessidades. Por outro lado, o pai surge como um ‘entrave’ nessa relação já que há um interesse desse pai para com a mãe e vice-versa. O menino tem o pai como rival e quer se ver

livre dele, tomando o seu lugar. O complexo de Édipo ocorre quando a criança está atravessando a fase fálica, ou seja, quando por volta dos três anos de idade passa a ser alvo de proibições antes desconhecidas. Assim, a criança não pode mais fazer o que bem entende, a família e a sociedade começam a impor regras, limites e padrões.

A chamada “dissolução do complexo de Édipo” é ocasionada pela ameaça da castração, momento em que pode ocorrer duas coisas: Uma identificação com a mãe ou uma intensificação de sua identificação com o pai, como resultado mais normal e que consolidaria a masculinidade, no caso do menino. A identificação com o pai garante a transmissão da lei e da autoridade. De modo que, nos meninos, o complexo de Édipo é dissolvido pelo complexo de castração, nas meninas ele se faz possível e é introduzido através do complexo de castração. (Freud, 1924). A menina aceita a castração como um fato consumado, ao passo que o menino teme a possibilidade de sua ocorrência.

É a partir dessa dialética edípica que ocorre a edificação do pai simbólico, a partir do pai real, e a função paterna vai exercer influência na estruturação psíquica da criança. O pai, enquanto função simbólica, é estruturante, de modo que o exercício de sua função tem ressonâncias na estruturação psíquica da criança e no seu processo de desenvolvimento. A regulação da trama edípica, ilustra a introdução do sujeito no mundo do desejo. Suporte das identificações com as quais avança o sujeito, o pai é, também, aquele que assinala a mãe como objeto desejável ao marcá-lo com uma proibição.

O pai é um frustrador, que impõe a falta. Esta teorização do pai chamada por “Complexo de Édipo”, é uma metáfora da estruturação do sujeito, operando a instalação das identificações. Assim, a função paterna se manifesta como aquela que introduz a criança na cultura e lhe possibilita configurar-se simbolicamente, aquela que promove a vida psíquica. Ou seja, pai é aquele que promove a alteridade, o encontro com o Outro, a lei.

2.2. O pai em Totem e Tabu

Nesse artigo a resposta à pergunta “o que é um pai?” é oferecida através de um mito científico. Partindo de Darwin, Freud apresentou uma reconstrução histórica dos começos, isto é, uma mítica da cultura, da moral e da religião. Nela afirma que os homens viviam originalmente em hordas, todos sob o domínio de um único homem todo-poderoso, violento e ciumento, que possuía direitos exclusivos sobre todas as mulheres do grupo.

Nesse mito da Horda Primeva, Freud volta-se às ideias das questões do social e da cultura, introduz a discussão sobre as origens da civilização a partir de estudos antropológicos. Freud constrói a figura de um pai tirano, detentor de todas as mulheres da tribo. Um macho mais velho e mais forte, com plenos poderes e poucos deveres. Revoltados, os filhos matam o pai e o devoram,

realizando um banquete totêmico, cujo resultado é a identificação ao pai morto. Vivem um sentimento de culpa pelo assassinato desse pai, o que torna o pai morto mais forte, e o eleva a um posicionamento de santidade.

Na tentativa de anularem o ato de terem matado o pai, proíbem a morte do totem e instauram o pai como uma figura simbólica, que pode ser tomada como a raiz da organização social. É preciso ressaltar que há o assassinato, a eliminação, mas também o processo de identificação. Há hostilidade, mas também, temor e amor. O totemismo se instaura a partir do sentimento de culpa filial, e criam-se dois tabus: não matar o totem e não se relacionar incestuosamente. O primeiro tabu se fundamenta em motivos emocionais frente ao assassinato do pai, enquanto o segundo, na falta de organização decorrente da morte do pai, em que os irmãos passaram a lutar pela posse das mulheres, o que levava a conflitos perigosos e nenhum tinha força para ocupar o lugar do pai. Instaura-se, assim, o tabu do incesto, como forma reguladora das relações.

A morte do Pai não liberou o acesso à satisfação pulsional, ao contrário, intensificou sua interdição. Com o assassinato, a imagem do Pai foi recalcada e, a partir daí, funda-se para os vivos o universal da renúncia à satisfação pulsional e, simultaneamente, a instalação de um pai simbólico.

Eis aí a condição da cultura: o pai morto introduz a questão da lei; o lugar vazio torna-se lugar de referência. Assim sendo, a proibição é protetora porque vela o impossível e instaura o desejo. A lei só é introduzida a partir da culpa/remorso – retorno do amor – provocada pelo assassinato. Desta forma, Freud aponta para o simbólico e para a ideia de alteridade e a construção dessa narrativa como ato fundante da cultura, constitui o pai na origem do sujeito e da linguagem. É, portanto, a Lei que instaura a cultura, a lei de proibição do incesto, ao interditar a escolha do objeto incestuoso.

2.3. O pai e Moisés

Já nos idos de 1.914 Freud foi confrontado com a imagem da escultura do Moisés de Michelangelo, erguida na igreja de San Pietro in Vincoli, em Roma, centrando uma discussão sobre se Moisés – irado – estaria prestes a quebrar as Tábuas da Lei ou, ao contrário, a preservá-las, tentando inferir quais poderiam ter sido, na intenção do artista, os movimentos propostos pela posição da estátua. Destaca-se nesse momento um Moisés entre a destruição e a proteção da lei.

Freud escreveu sobre Moisés e o Monoteísmo (1934/1938) num tempo de acirradas perseguições aos judeus, momento da segunda guerra mundial, do antissemitismo que ameaçava o destino dos judeus, o que o levou a uma reflexão em torno da temática da tradição judaica. Assim, o texto deve ser analisado em estreita relação com a história e o momento de Freud ao escrevê-lo e publicá-lo. Nesse texto Freud aborda questões de interesse histórico, religioso, antropológico e, pode-

se dizer, literário, além do explícito interesse psicanalítico, o que pode dar margem a diferentes enfoques, bem como um aspecto político. Tentaremos limitar destacando questões relacionadas à abordagem objetivada nesse trabalho.

Freud efetua uma reflexão sobre seu judaísmo. Ele se surpreende com o fato de, mesmo tendo abandonado todos os traços comuns aos judeus, ainda tenha lhe restado provavelmente sua essência, daquilo que seu pai judeu lhe havia transmitido. Ressalta o fato de que certos preceitos da tradição não se enfraquecem com o passar do tempo, mas tornam-se mais poderosos, exercendo influência sobre o pensamento e as ações de um povo. Freud compreende que um homem só é pai na medida em que se reconhece como filho.

De acordo com Freud, se o judaísmo foi uma religião do pai, o cristianismo é a religião do filho. Momento este em que o filho, efetivamente, toma o lugar do pai. A consequência da consolidação do pensamento judaico-cristão é que a paternidade fica referida e encarnada numa pessoa.

Sintetizando as exposições sobre o pai, para Freud então, o pai é o pai morto, ou, mais que isso, o pai é o pai morto pelo filho. O pai morto se eterniza no filho, na medida em que, através da identificação, surge o supereu, herdeiro do complexo de Édipo.

2.4. O pai em Lacan

JACQUES LACAN (1901|1981) foi o seguidor que mais contribuiu e deu continuidade à obra de Freud, ele soube articular a psicanálise à diferentes campos do saber, como a arte, a literatura, a linguística, a ciência e a filosofia. Lacan, opôs-se aos pós freudianos, que em seu movimento de ir para além do pai, passaram a dar mais ênfase à mãe, e dedicou-se, na primeira parte de seu ensino, caracterizado pelo que se chamou de retorno a Freud, a recuperar na psicanálise esse centro paterno do sujeito freudiano. Ao realizar a releitura da obra freudiana, Lacan possibilitou contribuições importantes para entender a questão paterna. Construiu as noções de metáfora paterna, Nome-do-Pai, pai imaginário, pai simbólico e pai real, a fim de melhor precisar o sentido da função paterna na estruturação psíquica. Influenciado pelo estruturalismo de Lévi-Strauss e pela linguística estrutural de Saussure, utilizou-se do conceito de significante, transformando-o segundo a lógica do inconsciente.

Ele retoma a série dos mitos freudianos do pai, anteriormente explicitados Édipo, Totem e Tabu e Moisés e o monoteísmo, para fazer uma leitura estruturalista de seus elementos e chegar a uma fórmula que os reúna em uma elaboração freudiana sobre o pai. Recorre ao conceito Nome-do-Pai. Lacan extrai das formulações freudianas que o Pai, como função simbólica, é um

organizador da pulsão e uma necessidade lógica. Desse ponto de vista, o pai da horda é o referente imediato daquilo que designou como sendo o pai imaginário, um pai que cria a lei, mas paradoxalmente faz exceção a ela; o pai morto se converte em pai simbólico, um pai que introduz os filhos no campo da lei, conduzindo-os a encontrar seu próprio lugar na constelação familiar, marcado pela limitação.

Lacan diz: “O assassinato do pai significa, justamente, que não se pode matá-lo. Ele já está morto desde sempre (...). Mas, vejam, resta o Nome-do-Pai e tudo gira em torno disso” (Lacan, 1968/1969/2008). O Édipo, o Assassinato do Pai e Moisés seriam construções míticas para transcrever a impotência da função paterna frente ao excesso pulsional. Essas alegorias vêm demonstrar um paradoxo: ao mesmo tempo em que a metáfora paterna tem como função barrar o gozo, o empuxo ao gozo, sempre presente através da compulsão à repetição, tenta se manter através da reatualização de apelos à função paterna.

Para Lacan o Inconsciente é estruturado enquanto linguagem. Mas o que vem a ser isso? Lacan toma emprestado da linguística de Saussure os conceitos de significado e significante. Para um significante vários significados podem se alocar. Como irão aparecer estes significantes, condição necessária para a emergência do sujeito através da palavra.

Lacan (1938/1981) falou em declínio da imago paterna, foi para, em seguida, escrever que: ... o ponto em que queremos insistir é que não é unicamente da maneira como a mãe se arranja com a pessoa do pai que convém nos ocuparmos, mas da importância que ela dá à palavra dele – digamos com clareza, a sua autoridade, ou, em outras palavras, do lugar que ela reserva ao Nome-do-Pai na promoção da lei (Lacan, 1955-56/1998a, p. 585). É preciso que o pai primeiro exista na estrutura para que sua fala tenha efeitos sobre a criança.

A metáfora paterna inscreve o masculino como portador da lei, afirmando, ao mesmo tempo, que nenhum pai real ou imaginário está à altura da função, pois se trata de lei simbólica, e há apenas traços no texto do discurso. É ele que tem a potência e o uso legítimo do falo, que está em condições de interditar a criança como objeto de suas primeiras aspirações sexuais, mas também de dar à criança, ao final do complexo de Édipo, um futuro uso legítimo do seu próprio falo: através do complexo de castração, a criança tem de fato de renunciar a ser o falo para tê-lo de um outro que, ao mesmo tempo, lhe dá acesso ao simbólico (Conte, 1996, p.337).

O pai é reduzido ao nome, ou seja, é reduzido a um puro significante, o significante do Nome-do-pai (NP), e a mãe é reduzida à função desejo, representada pelo significante do desejo da mãe (DM). Dessa maneira, a metáfora paterna é uma operação de substituição de significantes que tem como efeito ordenar o Outro da linguagem (A) com o significante do desejo (Φ). Através dela, o outro é reduzido à ordem simbólica e o desejo a um efeito de sentido. O Nome-do-pai, ao substituir o

desejo sempre enigmático da mãe, introduz a significação fálica no lugar do Outro, produzindo-se o enlaçamento do desejo com a lei, cujo efeito é a localização do gozo fora do corpo. O Nome-do-pai simboliza no falo o gozo que parasita o corpo do sujeito, dando-lhe um sentido.

O Nome-do-pai é uma espécie de engrenagem que integra as pulsões parciais e a sexualidade à dialética do desejo, ou seja, submete o ser de gozo do sujeito à lei fálica do desejo. Essa redução do pai ao nome, do pai ao pai morto, torna-se o equivalente à função do que se transmite no Édipo, que não é a transmissão da vida, mas a transmissão subjetiva de um desejo. O funcionamento do Nome-do-pai, como significante que mortifica o gozo, permite ao neurótico, ou seja, àquele que passou pelo Édipo, encontrar, nessa passagem pelo Outro, uma razão para o seu gozo, uma lei que, ao dividir esse gozo, autoriza o desejo. O Nome-do-pai é o significante que sustenta o sujeito confrontado à castração.

2.5. Dos fundamentos da lei.

O Direito pode ser admitido como um sistema de construções institucionais da humanidade, uma escala simbólica imprescindível na construção da subjetividade já que salvaguarda as interdições fundamentais alusivas ao incesto e aos crimes que constituem limites necessários ao humano. É o sistema do Direito que exerce mediação na economia psíquica da referência simbólica ao estabelecer categorias de filiação e níveis de hierarquia na sequência de gerações ressaltando a importância da genealogia patriarcal no homem. O Direito ‘institui vida instituindo subjetividade’ na arte da interpretação dos interditos construídos nas sociedades. O representante lógico transcendental divino, paternal ou estatal é que sustenta o aceite do sujeito à interdição edipiana e às suas nuances, engendrando a ‘capacidade de julgamento singular’. (Marchesini 2008).

O Pai na sociedade patriarcal surge como referência e agente responsável pela castração da pretensa onipotência humana a gozar plenamente de seus corpos (Lei do Nome-do-Pai para Lacan, e Complexo de Édipo para Freud). Para sermos humanos devemos renunciar ao ‘gozo absoluto’ de poder a tudo tocar. Digamos que sempre há uma árvore no centro do Jardim do Éden a qual não se pode tocar para que se possa sobreviver em segurança.

Pierre Legendre (2005), advogado e psicanalista francês, nos mostra, então, como o conceito de filiação faz aparecer a gênese do Direito como organização de um sistema que tem por função ‘salvaguardar a espécie humana’ na sua jóia mais preciosa que é a linguagem. O Direito é um dos principais influentes na constituição psíquica salvaguardando as interdições e impondo as proibições. Ele é um fenômeno que reflete em seu sistema as construções institucionais da humanidade, funcionando como instrumento simbólico de transmissão e reprodução dos interditos fundamentais os quais são condições da fala na espécie humana.

Há que se partir da concepção psicanalítica do conceito de Lei que rege a dinâmica subjetiva, e da perspectiva de que a teoria do direito permite ao jurista compreender a sociedade normativamente, captando-a como uma ordem social. Pensamos a lei jurídica como instrumento independentizador, castrador, limitador, que embora situado num outro nível de realidade, faz corte na livre e absoluta satisfação comportamental, estabelecendo normas prescritivas de normalidades, individuais e coletivas.

Pode-se invocar a Lei em seus diferentes níveis de construção da representação e apelar a sua dimensão ética, que pode ser religiosa, moral, filosófica, psicanalítica, ou simplesmente humana. Hanz Kelsen ao explicar o fundamento de validade e obediência da norma jurídica, (apud Barros, 2001) recorre a autoridade imaginária referida à figura paterna, representada, por analogia, a Deus, ao Papa, ao Rei ou ao próprio pai da realidade cotidiana. Esta lógica se apoia numa estrutura de ficção, sendo o fundamento de toda lei encontrado na fé, no poder da sua crença que a legitima e a faz operar socialmente. Esta forma de funcionamento está presente desde a infância, quando obedecer ao pai é legitimar seu poder, e a criança, assim agindo, sem questionar, o faz por amor a esse pai. Esta norma fictícia, a que se refere Kelsen, é o pressuposto de validade de todas as normas, sendo autorizadora de todas as leis jurídicas e morais (Pereira, 2003a). Ao falar em nome de Deus e do 15 poder, cabe ao pai a função de ordenar a marcha do filho rumo às leis da sociedade. “O pai transmite a palavra da lei. Esta palavra transmitida opera como ordenador” (Barros, 2001, p.19).

Portanto, o filho do homem para entrar na linguagem depende de um ponto mínimo hierárquico significativo (Lei do Nome-do-Pai) de equilíbrio de forças normativas a ser reproduzido no discurso a partir da alteridade fundada na lógica das identificações entre mãe/pai/filho. E, depois, na sua inserção como ‘indivíduo social’ regulamentado como ‘sujeito de Direito’, ele transfere este modo de funcionamento subjetivo às autoridades, professores, juízes, chefes, etc.

O discurso jus-psicanalítico visa não somente à segurança e estabilidade social, mas, também, à construção e preservação da subjetividade. Este equilíbrio entre a vida coletiva e a vida familiar, nos termos da psicanálise, decorre dos ‘interditos fundamentais’ e dos valores éticos inscritos na instância psíquica denominada Supereu. O homem precisa encontrar e aceitar uma Referência Terceira que legitime a Lei entre os campos do interditado/proibido, gozo/desejo, impossível/possível, ilícito/lícito, etc., para que ele possa, então, atuar com livre arbítrio e coerência dentro dos limites da Lei.

As sociedades se organizaram a partir destes fundamentos, as suas normas e leis jurídicas, foram desenvolvidas com fulcro nos interditos fundadores. As regras jurídicas têm por função sustentar o consentimento dos sujeitos à perda do ‘gozo ilimitado’. A família também é um nível de relação que contribui para a construção do limite, ou seja, da perda do ‘gozo ilimitado’, e a

construção da subjetividade. Neste movimento de forças normativas, a criança precisa dar seu consentimento em renunciar a ‘todo-gozo’, a toda sua potência infantil assumindo a ‘castração simbólica’, para advir como sujeito desejante, justamente por que limitado.

No entanto, como visualizou Lacan, passamos por modificações na sociedade e na lei que estão gerando inúmeras consequências ao sujeito e nas relações conforme veremos a seguir.

2.6. Da sociedade contemporânea. Modificações do papel do pai e da lei.

Ao longo da história da humanidade a família se transformou ao acompanhar os movimentos que vão constituindo as relações sociais e o espaço cultural em que está inserida. Há que se ressaltar, no entanto, que a transmissão da autoridade foi ficando cada vez mais complexa em função das rupturas e recomposições que a família e a sociedade sofreram.

Certo é que os ideais da modernidade, representados pela Revolução Francesa com suas concepções de liberdade, igualdade e fraternidade, acabaram produzindo alterações significativas no que tange à questão paterna como referencial simbólico, assim como modificaram o papel tradicional desempenhado pelo pai de família. A Constituição francesa, artigo 371-22, em 1970, ao declarar “a autoridade parental pertencendo ao pai e à mãe” inaugurou um tempo novo, rompendo-se com o pai, enquanto representante do dogmático, do autoritário, do arbitrário. Este evento histórico dificultou a definição do que é ser um pai. Fala-se em declínio do patriarcado e, com ele, da imago paterna, associando à fragilidade da posição do pai como figura de autoridade. A modernidade colocou em cheque valores como a tradição e a fé, que foram sustentáculos e legitimadores das figuras de autoridade e poder, produzindo efeitos na forma de estruturação da sociedade e das relações familiares.

Partindo da família como suporte para refletir a relação entre esta história e a posição do pai, não se pode redarguir que a família como célula mater da sociedade passou por muitas transformações também. Ao homem era reservado o espaço público, o espaço da dominação e reprodução e o exercício de provedor de sua prole. Em contrapartida, à mulher era reservado o espaço privado, ou seja, o lar, a submissão ao marido, reprodutora, e cuidadora do lar. Este lugar simbólico ocupado por este senhor, todo-poderoso, que no imaginário social sustentava a família tida como modelo e oficial foi se evaporando.

Com as grandes mudanças ocorridas a partir da década de 1960: movimentos feministas, uso de anticoncepcionais, liberação sexual, emancipação da mulher, entrada da mulher no mercado de trabalho, lei do divórcio (1977), novas leis, novos códigos estatutos (da criança e do adolescente), – a figura do masculino, na qualidade de pai, foi se diluindo.

No Brasil, a Constituição de 1988, determinou um deslocamento da função do pai para o Estado, ao anunciar o novo estatuto de filiação. No artigo 226, lê-se: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim, a proteção das relações familiares é de competência do Estado. Essa Constituição produziu uma revolução no direito de família, pois atribuiu à mãe direitos iguais ao pai na administração da família, guarda e manutenção da estrutura familiar e extinguiu qualquer ação discriminatória no que diz respeito aos filhos.

Em nossa sociedade o lugar social do pai passou a ser questionado e, como consequência, o declínio do poder patriarcal na família vem sendo associado ao declínio da função paterna formulada na teoria psicanalítica lacaniana. A crise do pai como instituição é inegável, entretanto, a função paterna como mediadora da lei e do gozo não pode declinar; por ser uma função estrutural requerendo que seja operada.

O Direito é, por excelência, a construção humana destinada à interdição ou ao enquadramento do uso destrutivo do outro, tomado como objeto inumano. Sua essência está, nas palavras de Lacan, em “*repartir, distribuir, retribuir o que diz respeito ao gozo*”.

No entanto, os novos arranjos familiares questionam profundamente este tradicional lugar do pai. A autoridade paterna soberana transforma-se numa certa igualdade entre pai e mãe que foram respaldadas, como já foi dito, nas mudanças legais. A Constituição Federal coloca a mãe em posição de igualdade ao pai, assim a desinstitucionalização do poder do pai leva a questionamentos sobre os desequilíbrios causados pelas mudanças. Há também um movimento que suprime as diferenças na relação de autoridade pais/filhos. Os papéis e princípios hierárquicos – pai é o provedor e mãe a socializadora – cedem espaço para posturas mais individualistas e mais igualitárias dos membros da família. O cenário doméstico modificou-se. O pai não está mais no palco. E podem se ouvir os gritos, os lamentos de vários lugares: “*Pai, pai, por que me abandonastes?*”

Nesse novo formato, os pais passaram a ter mais deveres em relação aos filhos, enquanto estes, contrariamente, se tornam sujeitos sobretudo 18 de direitos e menos de deveres. Enfim, os deveres e direitos se dissociam entre gerações, cabendo aos pais os deveres; às crianças e aos adolescentes, os direitos, enquanto as funções de vigilância e de controle ficam a cargo do Estado.

No contexto da operação psíquica, o limite estabelecido pela lei estrutura o sujeito enquanto ser de linguagem. O referencial simbólico no qual a lei se representa é a função paterna, no entanto não podemos confundir o declínio da imagem social do pai com o declínio da sua função.

É certo que o sistema simbólico atual vem se organizando na busca de se liberar do lugar de exceção. Vivemos num tempo onde a tendência é o desaparecimento do limite, e a ilusão de que tudo é possível.

Fala-se que na sociedade patriarcal o pai de “carne e osso” investido pelo poder do “pater família” era o seu representante, e que na atualidade, a função paterna tem sido deslocada para outras instituições simbólicas. O Estado, a Igreja, os educadores, estes, entre outras instâncias sociais, passaram a ser considerados seus guardiões. Mas qual é o lugar do pai no contexto jurídico, tendo em vista as mudanças pelas quais nosso contexto tem passado? A pergunta faz sentido, lembrando que a paternidade constitui a base do Direito, uma vez a lei precisa ser veiculada, transmitida.

Com a destituição do pátrio poder, até então, atribuído ao homem no interior da família, o Estado, autorizado pelo saber da ciência, passou a ocupar o espaço deixado vazio pela destituição do pátrio poder. Nessa nova configuração outras reflexões devem ser feitas, O Estado deve assumir esse espaço e o papel até então atribuído ao pai? Existem limites? Destas questões ainda surgem outras: O Estado tem desempenhado esse papel de forma satisfatória? As demais instituições, Igreja e Escola que se colocaram na função paterna têm dado conta desta representação? São questões de muita importância que ousarei dar minha opinião.

O Estado, portanto, como um dos agentes da lei simbólica, entendendo-o como uma instituição, deveria reproduzir o modelo familiar de autoridade e de organização grupal. Hoje são frequentes os recursos ao jurídico quando a lei paterna vacila no seio da família. No entanto, me parece que o Estado tem falhado como agente da lei simbólica, assim como o pai em seu papel na unidade familiar, isso nos remete à já mencionada negação do limite, e da castração.

É que as mudanças não alcançaram somente ao pai no contexto familiar, mas à questão simbólica em si, ou seja, o declínio da função paterna. A negação está relacionada a qualquer pessoa que esteja em posição de autoridade e qualquer instituição que pretenda assumir esse espaço limitador, havendo alto grau de rejeição à lei, às autoridades, chefias, a ideologia do momento combate qualquer tipo de referência à castração. É visível os problemas vivenciados nas Escolas, Igrejas, Estado, em relação à qualquer autoridade, professores não conseguem ministrar suas aulas, as igrejas foram esvaziadas e seu discurso e papel foram ridicularizados. Assim, pessoas que estão em posição de autoridade são encaradas sem o mínimo de respeito, professores, magistrados, policiais, chefes, etc.

Hoje as pessoas esperam que o Estado assuma o papel de mãe, aquela que faz e tudo assume e dá pelos filhos. Chamou atenção nas últimas eleições presidenciais no Brasil que a candidata se colocava como mãe, e nas mídias sociais seu nome recebia uma inclusão Dilmãe, a referência revela não somente o fato da candidata mãe e mulher, mas seu significado, a rejeição do Estado/pai, da autoridade, da lei, e de tudo o que isso significa.

Me parece que com os novos arranjos familiares que põem em xeque o modelo tradicional, as modificações de papéis, as novas discussões sobre gênero e, conseqüentemente, a ordem simbólica, ocorreu um romper com algo historicamente estruturado, havendo conseqüentemente uma

perda de referência, ou mais precisamente, uma “crise identitária.” As pessoas não sabem mais quem ou em que acreditar, bem como não consegue identificar seu papel na sociedade já que as mudanças tornaram o chão absolutamente gelatinoso.

Hoje a paternidade expressa na fala de muitos pais, amigos, colegas, mídia, etc., tem se constituído como uma relação fraterna, sendo possível observar um certo apagamento da relação parental, na medida em que o pai vem se posicionando como amigo dos seus filhos. Ao querer ser companheiro, par e igual, revelam algumas dificuldades quanto ao estabelecimento de regras e de autoridade sobre os filhos. Toda a autoridade passa a ser vivida como autoritarismo, como uma ameaça ao ideal de felicidade e de amor que, na percepção da sociedade, deve ser incondicional (Vilhena, 2004). Este pai entende a posição paterna como homóloga ao lugar ocupado pela mãe, de modo que se produz no casal uma simetria no lugar da assimetria própria do Édipo (Kupfer, 2001). O pai amigo, padrão de pai idealizado, provoca sentimentos de culpa e de dívida, naqueles outros pais que não conseguem segui-lo como modelo.

As consequências desse quadro são inúmeras, mas cabe relacionar as que se relacionam ao tema ora colocado:

- Diminuição do poder da palavra (tudo discutível)
- Decisão surge da confrontação de opiniões
- Ausência de voto moral e postura ética.
- Na democracia o lugar de poder é vazio.
- Imaginário de igualdade e de sujeito coletivo.
- Desaparecimento de toda espécie de censura (constrangimento).
- Predomínio do discurso da ciência.
- Subversão do equilíbrio da família e da ‘cena primária’ da fantasia edipiana.
- Declínio da função paterna.
- Esgarçamento dos interditos fundamentais.
- Sujeitos auto-referenciáveis e coisificados.
- Novos modos de individualização feminina e masculina.
- Novos métodos de concepção.
- Ilusão de imortalidade.
- Inexistência de singularidade (individualismo da sociedade de massa).
- Onipotência individual.

- Empobrecimento da capacidade de julgamento de cada ação ou intenção inconsciente.
- Ausência de referencial divino, patriarcal ou paterno, legitimado pela tradição.

4. CONCLUSÃO

Como já foi exposto, “Totem e Tabu” traz também a discussão sobre o lugar simbólico da figura paterna como princípio ordenador das formações coletivas e da ordem social. A sua leitura sustenta que os grupos ou as sociedades não sobreviveriam sem essa figura de lei que garante as diversas versões do pacto social, em especial a versão jurídico institucional e as identificações afetivo ideológicas ligadas a certos ideais coletivos. A ausência dessa figura ordenadora daria lugar a uma igualdade de natureza.

O drama edípico também já explicitado, visa a impedir a satisfação imediata da pulsão e instaura um laço duradouro entre o desejo e a lei, em uma trama de vinculação familiar.

Ao contrário do mal-estar freudiano que decorria do excesso de controle, hoje, o mal-estar parece estar atrelado ao excesso de liberação, promovendo um certo apagamento dos limites essenciais ao bem-estar comum. O sujeito da atualidade parece esforçar-se por prescindir das referências simbólicas que, entretanto, são exatamente aquelas que o asseguram. Sendo assim, os ideais de liberdade e felicidade vão emergir com mais força e potencializados, atingindo o patamar do individualismo exacerbado e da ditadura do gozo.

Outrossim, o discurso capitalista com a lógica do mercado e amparado pelo saber da ciência, vai incitar o exagero do consumo, vislumbrando ao sujeito a promessa de um objeto que, imaginariamente, pode tamponar a sua falta, livrando-o do vazio da sua existência (Giddens, 2003). Mas, como nos ensina Lacan (1969/1970/1992b), a lógica da psicanálise, diferentemente da lógica do mercado, denuncia uma falta estrutural e esta promessa de completude somente leva o sujeito a perder-se entre uma pluralidade de objetos, na tentativa de escapar das marcas da castração, pulando, rapidamente, de um objeto a outro, num gozo que não admite interdição. O excesso, seguindo o apelo do mercado, incita a que todos consumam, atendendo ao imperativo: goze!

Assim, no lugar da tradição inseriu-se o individualismo (Dumont, 1993) e a cultura do narcisismo (Lasch, 1983), onde o outro como alteridade vai se destituindo, surgindo em seu lugar o objeto como parceiro de fácil consumo e descarte. O fato é que os ideais de liberdade e felicidade emergiram em sua força máxima, revelando um individualismo potencializado e uma ditadura do gozo, como um excesso que põe em risco a operatividade da lei simbólica.

Enquanto Lasch, (1983), caracteriza a sociedade pós-moderna como “cultura do narcisismo”, Debord, (2000), a intitula de “sociedade do espetáculo”. O espetáculo, para Debord, não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre indivíduos, mediada por imagens. Trata-se de uma sociedade baseada na contemplação passiva, onde os indivíduos, em vez de viverem em primeira pessoa, olham as ações dos outros, de uma sociedade que funciona como um espetáculo. Isto acontece, principalmente através dos meios de comunicação de massa, mas também dos rituais políticos, religiosos e hábitos de consumo, de tudo aquilo que falta à vida real do homem comum: celebridades, atores, políticos, personalidades, gurus, mensagens publicitárias, tudo transmite uma sensação de permanente aventura, felicidade, grandiosidade e ousadia. O potencial de consumo determina o grau de inclusão ou de exclusão social, de sucesso ou de insucesso, de felicidade ou de infelicidade, transformando a questão existencial em “consumir ou não ser”. A sexualidade, o corpo erótico e sedutor, ganha um lugar privilegiado para produção do espetáculo, devendo ser consumida por adultos e crianças. Conforme as regras do mercado, passa-se a investir na sexualidade infantil, erotizando-a. Birman, (1999), retoma esses dois autores, afirmando que, na cultura do narcisismo e na sociedade do espetáculo, a fragmentação da subjetividade ocupa posição fundamental. Para este autor, aqui se conjugam aos destinos do desejo: numa direção marcadamente exibicionista e autocentrada, que tem como contrapartida o esvaziamento do intersubjetivo e o desinvestimento nas trocas interpessoais.

Como afirma Giddens (2003), a cultura contemporânea se desenvolveu sob o impacto da ciência e da tecnologia, que se tornaram 23 globalizadas, reestruturando profundamente o modo de vida atual. A crescente cientificação e tecnologização da vida cotidiana promete a garantia de uma felicidade plena, sem fraturas. O sujeito se agarra à promessa da ciência, que supõe alcançar a verdade sobre o humano.

Voltamos ao que Freud falou sobre o *Mal estar na civilização*, a cultura revela uma faceta trágica, tornando o ser humano fadado a um desamparo fundamental e a impossibilidade de ser feliz, em decorrência de uma relação conflituosa entre pulsão e a civilização que jamais será ultrapassada, uma vez que ela é de ordem estrutural e produtora de desarmonia nos laços sociais. Os mitos freudianos sobre a paternidade estão associados aos ideais de uma cultura marcada pelo respeito à diferença sexual e, conseqüentemente, à diferença geracional. Sendo assim, na perspectiva freudiana, só há compromisso social através da renúncia pulsional, principalmente ao impulso de destruição ligado à pulsão de morte e ao caráter polimorfo da sexualidade, devido ao desenvolvimento de uma consciência moral vinculada à experiência da culpabilidade. Isso faz, necessariamente, com que o sentimento de culpa apareça como “*o mais importante problema no desenvolvimento da civilização, e de demonstrar que o preço que pagamos por nosso avanço em termos de civilização é uma perda de felicidade (glückseinbusse) pela intensificação do sentimento de culpa*” (Freud, 1930[1929])

Desde Freud, que o conflito entre gerações, entre pais e filhos sempre envolveu transformações de valores e práticas sociais, pois é a presença de um outro que vem marcar a impossibilidade de uma perpetuação do narcisismo, possibilitando ao filho a adesão aos valores culturais. A tentativa de apaziguamento desse conflito, na contemporaneidade, representa uma dificuldade na constituição da alteridade, uma vez que há uma tendência à eliminação das diferenças entre objeto de desejo e o objeto de consumo.

Entendemos que estamos falando de algo que está no coração da discussão, ou seja, dos fundamentos que estruturam a ordem social. Aqui reside um ponto nevralgico, isto é, o imaginário que sustenta a estrutura que é concebida como imutável eterna e natural, a necessidade do pai como figura de autoridade, ou melhor da lei que regula as relações.

5.REFERÊNCIAS

Barros, F. O. (2001). Do direito ao pai. (Coleção Escritos em Psicanálise e Direito, Vol. 2). Belo Horizonte: Del Rei.

Birman, J. (1999). Mal-estar na atualidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Conte, C. (1996). Metáfora paterna. In P. Kaufmann. Dicionário Enciclopédico de Psicanálise: O legado de Freud e Lacan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

Debord, G. (2000). A sociedade como espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto.

Dumont, L. (1993) O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco.

Freud, Sigmund (1940) Um exemplo de trabalho psicanalítico, v. XXIII, p. 197-207. p. 205. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro. Imago.

_____(1924) A dissolução do Complexo de Édipo, v. XIX, p. 195-201., Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago

_____(1913). Totem e Tabu. V. XIII, p. 111-25 Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Rio de Janeiro: Imago.

_____(1939) Moisés e o Monoteísmo, Esboço de Psicanálise e Outros Trabalhos. V, XXIII, Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Rio de Janeiro, Imago.

_____(1930[1929]) O mal-estar na civilização, vol. 21. (pp. 73-171). Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago.

Giddens, A. (2003). Mundo em descontrolo: O que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record.

Kupfer, M. C. M. (2001). A transmissão do pai e suas consequências para a Psicanálise de crianças. In Colloque francobrasiliien "Liens fraternels et 25 conjugaux: fraternité ou communautarisme? Paris. Recuperado em 02 jul 2004: <http://www.usp.br/ip/lvida/coloquios/transmissao.htm>

Lacan, Jacques. A família. Lisboa: Assírio & Alvim, 1987.

_____. O seminário: livro 16: de um outro ao outro (1968/1969). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008

_____. (1985). O seminário, livro 20: Mais, ainda, (1972/73), (M. D. Magno, Trad). Rio de Janeiro: Jorge Zahar

_____. (1998a). De uma questão preliminar a todo tratamento possível da psicose. In Escritos. (pp. 537-590). Campo Freudiano do Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. (Trabalho original publicado em 1955-56).

Lasch, C. (1983). A cultura do narcisismo. Rio de Janeiro: Imago.

Legendre, P. Filiação. Fondement généalogique de La psychanalyse. Ed. Fayard França, 2005.

Marchesini, Silvana Maria. (2008) Revista do TRT 9ª R., Curitiba, a. 33, n.30, p. , jan./ jun. 2008.

Marcos, C. M. (2003). As versões freudianas do pai. Psicologia em Revista, 10(14), 25- 34.

Pereira, R. da C. (2003a). A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai é o fundamento da lei. In G. C. Groeninga & R. C. Pereira (Orgs.), Direito da família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia. (pp. 1729). Rio de Janeiro: Imago. Veras, M. (2000). A paternidade entre o mental e a ciência. Recuperado em 23

mar.2004:http://www.lacanian.net/Ornicar%20online/Archive%20000/ornicar/articles/vrm_0138.htm

Vilhena, J. (2004). Repensando a família. Psicologia com PT: O portal dos psicólogos. Trabalho apresentado no I Encontro Internacional de Família e Psicanálise. Recuperado em 16 mar. 2005: <http://www.psicologia.com.pt>.

APONTAMENTOS SOBRE A HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS MUNICIPAIS EM FACE DE EXECUÇÕES DE TERCEIROS¹

Marcelo Moreira Candeloro

Procurador do Município de Londrina ocupante da função de Gerente de Execução Fiscal. Presidente da Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON. Graduado em Direito, com láurea acadêmica, pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR) e em Comunicação Social (Jornalismo), pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR), especialista em Direito Tributário e em Administração Pública, Presidente do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Município de Londrina (2017/2018). E-mail: marcelocandeloro.adv@gmail.com

Introdução

A legislação pátria alberga diversas garantias e privilégios ao crédito tributário. Estes estão estampados, de forma não exauriente, no Título III (“Crédito Tributário”), Capítulo VI (“Garantias e Privilégios do Crédito Tributário”) do Código Tributário Nacional que compreende os arts. 183 a 193. A essência de tais prerrogativas, de ordem material e processual, reside no fato de que é mediante a arrecadação dos tributos que os entes políticos podem executar as políticas públicas essenciais à coletividade, dando cumprimento ao desiderato constitucional. Há, portanto, uma lógica social para o tratamento diferenciado que não pode ser olvidada, visto que estruturante do sistema tributário pátrio.

Ocorre que, por vezes, o Poder Judiciário, profere decisões que abalam tal sistemática protetiva do crédito tributário. Mais grave é que, por vezes, a jurisprudência forma-se, acriticamente, a partir de um julgado isolado, afeto a um caso concreto idiossincrático. Disso resulta, gradativamente, na consolidação de uma jurisprudência cíclica, autorreferente, que deixa de analisar a teleologia legislativa e acaba por desnaturar a essência da norma.

Constitui-se no múnus dos operadores do Direito, mormente os advogados públicos, combater a sedimentação de julgados que infirmam a natureza preferencial do crédito tributário. Foi esse espírito que motivou as presentes linhas.

Da preferência do crédito tributário na arrematação judicial de bem imóvel (CTN, art. 130, parágrafo único)

¹ O presente artigo decorre do trabalho publicado na obra coletiva “Procuradorias municipais: teoria e prática vol.1/ Felipe Dutra Asensi, Vanessa Velasco H.B, Reis, Vitor Penno Reis – Rio de Janeiro: Agora21, 2018” sob o título: “NOTAS SOBRE A HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS MUNICIPAIS EM FACE DE EXECUÇÕES DE TERCEIROS”.

No âmbito da **responsabilidade tributária por sucessão**, há uma regra protetiva do crédito tributário no caso de arrematação judicial do bem imóvel. O artigo 130, *caput*, expressa o seguinte: “Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação”. Em suma, o adquirente de um bem imóvel passa a ser o responsável tributário pelos débitos *propter rem*, com a ressalva, lógica, da parte final do dispositivo em apreço.

Por seu turno, o parágrafo único do artigo comentado prevê: *No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço*. Dessarte, o adquirente de um imóvel em hasta pública recebe o bem livre de ônus, pois do preço pago pelo bem, parte dele, obrigatoriamente, deve ser imputada no pagamento da dívida tributária que persegue o bem imóvel. Por fim, o executado originário, cujo bem foi expropriado, ao final, somente receberia eventuais valores se satisfeitos os créditos tributários, em sua integralidade, exemplificativamente.

Da ordem legal de preferência do crédito tributário no concurso singular de credores e na falência (CTN, art. 186 e ss.)

O artigo 186 do CTN, cuja redação atual foi conferida pela Lei Complementar n.118, de 09 de fevereiro de 2005, regra, no *caput*, que o crédito tributário goza de preferência sobre qualquer outro, independentemente da natureza ou do tempo de constituição deste, com a ressalva do privilégio legal dos créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho.

Na falência, o regramento é o estabelecido no parágrafo único do preceptivo em comento que dispõe: “(...) I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.”

Crítica ao art.187², parágrafo único do CTN. Da necessária superação da súmula n.563 do STF editada sob a égide da Carta Política de 1967

O art. 187 expressa que “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”. Em resenha,

² Redação assemelhada possui o parágrafo único do art. 29 da Lei de Execução Fiscal, dessarte, a crítica tecida no tópico se estende a este.

proposta a execução fiscal, não há óbice ao regular processamento desta, mesmo que contra o devedor, ulteriormente, seja instaurado o procedimento falimentar, regrado pela Lei n.11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Acordante com SCHOUERI (2016, p.872):

“Ou seja: a execução fiscal corre independentemente do processo de falência. A propositura de falência não interrompe a execução fiscal; sobrevindo a falência, entretanto, cabe ao juízo da falência decidir sobre a preferência do crédito da execução fiscal, nos termos do Código Tributário Nacional”.

O parágrafo único do preceptivo em comento, por seu turno, dispõe que somente se tem o concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público na seguinte ordem: I – União, II – Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata e, por fim, III – Municípios, conjuntamente e pró rata. Acerca do acertamento de ordem preferencial, há a súmula 563 do STF que versa: *“O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal”.*

Em que pese o entendimento sumulado, *parece-nos* que tal diferenciação não encontra guarida na Carta Magna de 1988. De se observar que referido posicionamento da Corte Suprema sedimentou-se no tempo da Carta Política de 1967. *Presentemente*, com a nova organização político-administrativa, conforme previsão do art. 18 da Constituição Federal³, alçando o Município à qualidade de ente federativo, não subsiste critério jurídico para o tratamento desigual entre a União, os Estados e os Municípios. O que é ratificado pela disposição inserta no inciso III, parte final, do art.19, também da Constituição⁴ de 1988.

REGINA HELENA COSTA (2012, p.319-320) critica a redação do parágrafo único do art. 187 do CTN. Para a autora, a previsão infringe o princípio federativo e o da autonomia municipal:

“Para nós, portanto, tal preceito do Código Tributário Nacional foi tacitamente revogado, diante de sua incompatibilidade com a Constituição. E, se assim é, não há mais ordem de preferência entre as pessoas políticas, desfrutando seus respectivos créditos das mesmas condições”

³ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

⁴ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Apesar de tal entendimento ser o mais consentâneo com o novo espírito constitucional, a famigerada súmula não foi revogada pelo Pretório Excelso e ainda serve de baliza para a dirimção do concurso de credores entre as Fazendas Públicas⁵.

Derradeiramente, sublinhe-se que o STJ tem o entendimento sumulado acerca da preferência concursal entre os créditos de autarquias federais e os da Fazenda Estadual, cite-se:

Súmula 497 - Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem. (Súmula 497, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012)

Do concurso singular de credores no bojo do novo CPC. Da preferência concursal de ordem material e processual, inteligência do art. 908, §§1º e 2º

No âmbito da execução por quantia certa, regada no Título II (“Das diversas espécies de execução”), Capítulo IV (“Da execução por quantia certa”) do novo Código de Processo Civil⁶, impende destacar a previsão do art. 908 e parágrafos que, juntamente com o art.909 versam sobre o concurso singular de credores:

Art. 908. Havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências.

⁵ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PENHORAS SOBRE O MESMO BEM. DIREITO DE PREFERÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL E CRÉDITO DE AUTARQUIA FEDERAL. ARTS. 187 DO CTN E 29, I, DA LEI 6.830/80. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO FEDERAL.

(...) O Pretório Excelso, não obstante a título de obiter dictum, proclamou, em face do advento da Constituição Federal de 1988, a subsistência da Súmula 563 do STF: “O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal”, em aresto assim ementado: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. CONCURSO DE PREFERÊNCIA. ARTIGO 187 CTN.1. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre o tema constitucional tido por violado. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 3. A vedação estabelecida pelo artigo 19, III, da Constituição (correspondente àquele do artigo 9º, I, da EC n. 1/69) não atinge as preferências estabelecidas por lei em favor da União. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 608769 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 23-02-2007). Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 957.836/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 26/10/2010)

⁶ Lei federal n.13.105 de 16 de março de 2015.

§ 1º No caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza propter rem, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência.

§ 2º Não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora.

Art. 909. Os exequentes formularão as suas pretensões, que versarão unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora, e, apresentadas as razões, o juiz decidirá.

A redação dos dispositivos acima dispostos é clara: havendo pluralidade de credores, instaurar-se-á o concurso, de modo a propiciar a distribuição dos valores, respeitando-se a ordem preferencial. Nesta senda, de relevo destacar a redação do § 1º do art. 908, sem previsão no Código de 1973. Referida redação guarda correspondência lógica com a disposição do parágrafo único do art. 130 do CTN⁷, acima comentado.

Já o § 2º do art. 908 dispõe que, inexistindo título legal à preferência, observar-se-á a anterioridade de penhoras sobre o bem. Em síntese, primeiro verifica-se se há algum crédito com preferência legal (a exemplo do tributário, do trabalhista, do oriundo de acidente de trabalho etc.), não havendo, passa-se a analisar a regra processual da anterioridade de penhora sobre o bem. Infere-se que há uma ordem a ser respeitada para se resolver o concurso de credores. Primeiramente, perquire-se a existência de crédito preferencial, de ordem material; após, privilegia-se o credor que realizou a penhora anteriormente aos demais.

Em suma, a regra do Novo CPC é cristalina ao dispor sobre o modo de se definir a preferência concursal. Não obstante o afirmado, em muitos casos, o Poder Judiciário tem prolatado decisões díspares: num momento, reconhece a preferência do crédito tributário de forma absoluta, quando não concorre com outros títulos com preferência legal, por exemplo; noutro, diz que deve ser observada a anterioridade da penhora, ignorando a necessária perquirição do critério material; em situação intermediária, defere a preferência do crédito tributário, mas condiciona o levantamento de valores ao aparelhamento de execução fiscal e penhora.

Da preferência do crédito tributário municipal no concurso singular de credores na jurisprudência do STJ

⁷ Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Conforme exposto alhures, a jurisprudência pátria é cambiante no acerto da preferência creditícia, no âmbito do concurso singular de credores. Assim, em muitas decisões, o crédito tributário, embora goze de preferência legal, é preterido em relação aos demais créditos, desprovidos de tal preferência, pois dá-se prioridade à análise da anterioridade da penhora, olvidando-se que, de forma prévia, deve ser analisado se há (ou não) preferência de ordem material (legal) para, em seguida, cotejar a anterioridade da penhora.

Passa-se a demonstrar a plurivocidade de decisões do STJ sobre o tema, o que em nada abona a tão prestigiada segurança jurídica.

Primeiramente, é imperioso trazer à baila as decisões nas quais se reconhece a preferência legal do crédito tributário independentemente de prévia penhora. Tais decisões, em nosso sentir, são escoreitas pois respeitam a gradação preferencial prevista em lei:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO CONDOMINIAL.

1. Ação ajuizada em 15/12/2008. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.
2. O propósito recursal é definir se há - sobre o produto da alienação do bem do executado - preferência do crédito tributário em face do crédito condominial.
3. Nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte, o crédito fiscal possui preferência absoluta sobre o crédito condominial.
4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1584162/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOBRE O CRÉDITO CONDOMINIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de

admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte, o crédito fiscal possui preferência absoluta sobre o crédito condominial.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1456188/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 26/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO JUDICIAL. TERCEIRO. SÚMULA 202/STJ. APLICAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATACÃO. CRÉDITO TRABALHISTA. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. RESERVA DE NUMERÁRIO. POSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO LABORAL. IMPOSSIBILIDADE DE UMA PREFERÊNCIA DE DIREITO PROCESSUAL SE SOBREPOR A UMA DE DIREITO MATERIAL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 83/STJ E 282/STF.

(...)

Essa preferência independe da data em que registrada a penhora, pois não é possível sobrepor uma preferência de direito processual a uma de direito material como a do crédito trabalhista. Assim, é possível ao detentor do crédito trabalhista, na fase de arrematação, havendo créditos a serem adimplidos, postular o reconhecimento do seu direito preferencial sobre o crédito obtido na alienação do bem penhorado (AgRg no REsp 1.491.126/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014; REsp 818.652/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009; REsp 732.798/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 4/8/2009, DJe 18/08/2009; REsp 258.017/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 29/6/2006, DJ 28/8/2006; REsp 701.801/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 5/12/2005).

(...)

(REsp 1678879/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 17/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO DE CREDORES. DIREITO DE PREFERÊNCIA. PRÉVIA PENHORA. DESNECESSIDADE.

1. Os créditos de natureza trabalhista preferem a todos os demais, inclusive os tributários (art. 186 do CTN), independentemente de penhora na respectiva execução. Precedente desta Turma: REsp 594.491/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 8.8.05.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 415.943/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO DE CRÉDITOS. CRÉDITOS DO FGTS. PREFERÊNCIA. PRÉVIA PENHORA. DESNECESSIDADE.

1. Os créditos de FGTS equiparam-se aos créditos trabalhistas, gozando de prerrogativas semelhantes (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.844/94).

2. Os créditos de natureza trabalhista preferem a todos os demais, inclusive os tributários (art. 186 do CTN), independentemente de penhora na respectiva execução. Precedente desta Turma: REsp 594.491/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 08.08.05.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1029289/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 27/06/2008)

Interessante observar que os três últimos julgados, embora versem, na essência, sobre a preferência legal de créditos não tributários, são exemplificativos da tese endossada no presente opinativo, a de que havendo crédito de preferência legal, é despicienda a perquirição de prévia penhora sobre o mesmo bem ou aparelhamento de execução fiscal

No âmbito do TJPR, destaca-se a seguinte decisão alinhada às premissas referidas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE QUE EM CONCURSO DE CREDORES O CRÉDITO CONDOMINIAL PREFERE AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCONGRUÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE, NOS TERMOS DO ARTIGO 186 E 187 DO CTN, BEM COMO DO ARTIGO 29 DA LEF, DETEM PREFERÊNCIA SOBRE QUALQUER OUTRO, SALVO OS DECORRENTES DA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO E DO ACIDENTE DE TRABALHO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. Recurso não provido.

(TJPR - 1ª C.Cível - 0040714-88.2017.8.16.0000 - Foz do Iguaçu - Rel.: Ruy Cunha Sobrinho - J. 05.06.2018)

Segundamente, colaciona-se as decisões que, simplesmente, fazem letra morta da preferência legal do crédito tributário. Ora, tais decisões, *data maxima venia*, são desprovidas de juridicidade, visto que desnaturam, por completo, a primazia do crédito tributário:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PREFERÊNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIA EXECUÇÃO FISCAL E PENHORA SOBRE O BEM.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o direito de preferência só pode ser exercido quando há o ajuizamento de execução, recaindo a penhora sobre bem anteriormente penhorado.

2. A violação do art. 186 do CTN só estaria caracterizada se a Fazenda Pública tivesse ajuizado execução fiscal contra o executado, e a penhora tivesse recaído sobre o imóvel já penhorado no processo executivo em análise, o que não ocorreu.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1455377/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O MESMO BEM OBJETO DE OUTRA EXECUÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Havendo pluralidade de penhora sobre o mesmo bem, devem ser analisadas duas situações: em primeiro lugar, a existência de crédito privilegiado, em decorrência de previsão legal; afastada essa hipótese, em segundo lugar, a anterioridade da penhora. Na hipótese da existência de privilégio em virtude da natureza do crédito, deve o credor privilegiado, a fim de exercer a preferência legalmente prevista, demonstrar que promoveu a execução, e que penhorou o mesmo bem objeto de outra constrição judicial, conforme prevê o art. 711 do Código de Processo Civil.

2. Reconhecido pela Corte de origem que a execução fiscal movida pelo Estado do Paraná está garantida pelo mesmo bem objeto de penhora na execução promovida pelo particular, há de prevalecer o direito de preferência daquele sobre o produto da arrematação, porquanto o crédito fiscal goza de privilégio sobre os demais créditos, à exceção daqueles de natureza trabalhistas e dos encargos da massa, na hipótese de insolvência do devedor.

3. Recurso especial provido.

(REsp 655.233/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 210)

No âmbito do TJ/PR, tem-se o seguinte quadro exemplificativo de decisões alinhadas às orientações ora citadas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PREFERÊNCIA LEGAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE PENHORA, AINDA QUE POSTERIOR À EFETUADA PELO EXEQUENTE. ARTIGO 908, §2º, CPC/15. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA, BEM COMO DO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.- "O direito de preferência só pode ser exercido quando há o ajuizamento de execução, recaindo a penhora sobre bem anteriormente penhorado" (STJ, AgRg no REsp nº 1455377/PR, DJe 19/06/2015). (TJPR - 9ª C.Cível - AI - 1603915-1 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Francisco Luiz Macedo Junior - Unânime - J. 01.02.2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA EM FASE DE EXECUÇÃO - DECISÃO QUE CONDICIONOU A PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL À EXISTÊNCIA PRÉVIA DE PENHORA SOBRE O BEM ARREMATADO. PEDIDO DE REFORMA - ALEGAÇÃO DE QUE COM EXCEÇÃO DOS TRABALHISTAS, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO TEM PREFERÊNCIA SOBRE TODOS OS DEMAIS, INDEPENDENTEMENTE DE AÇÃO DE EXECUÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE O DIREITO DE PREFERÊNCIA SÓ PODE SER EXERCIDO QUANDO HÁ O AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO E RECAIA PENHORA SOBRE O BEM ANTERIORMENTE PENHORADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 17ª C.Cível - AI - 1562827-8 - Bandeirantes - Rel.: Rui Bacellar Filho - Unânime - J. 12.04.2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS - ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA - CONCURSO DE CREDORES - PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

SOBRE O CONDOMINIAL - PRIORIDADE NÃO ABSOLUTA - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL E PENHORA SOBRE O BEM OBJETO DA ARREMATAÇÃO - DEMONSTRAÇÃO APENAS DA EXISTÊNCIA DE EXECUÇÕES FISCAIS - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 9ª C.Cível - AI - 1669629-2 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Francisco Luiz Macedo Junior - Unânime - J. 19.10.2017)

Por fim, digno de nota são as decisões que, de modo intermediário entre as duas acima referenciadas, deferem a habilitação preferencial do crédito tributário, não obstante, condicionam o levantamento da quantia ao prévio aparelhamento da execução fiscal e à penhora consecutória.

Mais uma vez, critica-se tal posicionamento, pois não há amparo legal para as referidas decisões. Ora, ou se reconhece a preferência legal, na conformidade com o que dispõe a legislação pátria (em especial os arts.130, § único e 186 do CTN c/c art.908, §§1º e 2º) ou não se reconhece, embora a esta decisão falte suporte jurídico. A “terceira via” adotada, por vezes, pelo Tribunal da Cidadania é igualmente equivocada, porque também desnatura a preferência legal do crédito tributário.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORA DE BEM IMÓVEL. CONCURSO ESPECIAL DE CREDORES. PREFERÊNCIAS MATERIAIS. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO CONDOMINIAL. CRÉDITO HIPOTECÁRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. JULGAMENTO: CPC/73.

1. Ação de execução de contrato de locação proposta em 1999, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/06/2015 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016.
2. O propósito recursal é dizer se a recorrente, credora hipotecária, possui preferência no levantamento do produto da arrematação de imóvel dos interessados, a despeito de não ter realizado a penhora do bem.
3. Para o exercício da preferência material decorrente da hipoteca, no concurso especial de credores, não se exige a penhora sobre o bem, mas o levantamento do produto da alienação judicial não prescinde do aparelhamento da respectiva execução.

4. A jurisprudência do STJ orienta que o crédito resultante de despesas condominiais tem preferência sobre o crédito hipotecário.
5. No concurso singular de credores, o crédito tributário prefere a qualquer outro, inclusive ao crédito condominial, ressalvados apenas aqueles decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.
6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
(REsp 1580750/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. EXECUÇÃO.

CONCURSO SINGULAR DE CREDITORES. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM FACE DO CRÉDITO CONDOMINIAL. CRÉDITO COM PREFERÊNCIA LEGAL. EXECUÇÃO EM CURSO E PENHORA ANTERIOR SOBRE O MESMO IMÓVEL. DESNECESSIDADE.

INTELIGÊNCIA DO ART. 711 DO CPC.

1. No concurso singular de credores, o crédito tributário prefere a qualquer outro, ressalvados aqueles decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.
2. O credor com título de preferência legal pode participar do concurso previsto no art. 711 do CPC para resguardar o seu direito de preferência, mesmo que não tenha promovido a execução do seu crédito. Nessa hipótese, reconhecida a preferência do crédito, o levantamento do valor fica condicionado à posterior ajuizamento de execução.
3. Negado provimento ao recurso especial.
(REsp 1219219/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 25/11/2011)

Derradeiramente, seja qual for a fundamentação, a decisão judicial que afasta a preferência legal do crédito tributário não se coaduna com o sistema jurídico tributário e acaba por negar vigência aos arts.130, parágrafo único e 186 do CTN, bem como ao art. 908, §§ 1º e 2º do CPC.

Conclusão

A natureza privilegiada do crédito tributário deve prevalecer no concurso singular de credores, em estrita observância da legislação de regência, amiúde citada no presente artigo⁸. A prévia penhora somente pode ser condição para a dirimição do concurso entre créditos de mesma preferência legal (ex. créditos das Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal). Há um pressuposto a ser observado, qual seja, a **qualidade legal do crédito objeto do concurso**, vencido este, passa-se a perquirir a anterioridade da penhora.

Por fim, não é demasiado recordar que o crédito tributário goza de privilégios porque, dentre outros, originário de um processo administrativo, sujeito ao contraditório e ampla defesa, com a devida notificação do contribuinte/responsável para impugná-lo, no tempo e no modo previstos em lei.

Ademais, quando se trata de habilitação de créditos tributários em execução de terceiros em que haja a arrematação judicial do bem, para o pagamento da dívida cobrada, é cogente a regra inserta no parágrafo único do art. 130, não constitui mera faculdade, a critério do julgador, deferir (ou não) o abatimento do produto da arrematação na quitação das dívidas tributárias que perseguem o bem expropriado, sob pena de, mais uma vez, fazer-se letra morta do dispositivo indigitado. Nesses casos, equivocadas as decisões judiciais que obstaculizam o concurso de credores com arrimo na preferência legal, exigindo-se a anterioridade da penhora para a distribuição dos valores depositados.

Igualmente errôneas, com toda vênia, o deferimento do privilégio do crédito tributário, mas que condicionam o levantamento da quantia habilitada ao aparelhamento de execução fiscal e ulterior penhora. Numa frase: o critério preferencial material (legal) não pode ser subjugado pelo critério processual.

Conclui-se que a habilitação de créditos em execuções de terceiros, portanto, é uma maneira legítima que detém a Fazenda Pública de cobrar os créditos inadimplidos. Obstar tal desiderato, criando-se ônus não previstos em lei, vai de encontro à sistemática tributária.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 9^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18^a. ed, revista. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸ CTN, art.130, parágrafo único e art.186, ambos do CTN e art.908, §§1º e 2º do CPC.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador. Ed. Juspodvim, 2016.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 10ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 6ª. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

A RELEVÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Sofia Sanches Sacoman

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

RESUMO: O objetivo do presente artigo é abordar a origem, o desenvolvimento e as características marcantes do Estado Constitucional, perpassando breves considerações acerca da sua relação com o princípio da separação de poderes e da sua consonância com o Estado Federal. Em um momento posterior, analisa-se a relevância do controle de constitucionalidade para o resguardo da ordem jurídica constitucional, de modo a apresentá-lo como o mais relevante mecanismo de atuação concreta da Lei Fundamental. Para tanto, este trabalho adota método descritivo-explicativo baseado em estudo doutrinário nas áreas constitucional e de teoria geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Relevância.

ABSTRACT: The aim of this article is to study the origin, the development and the main characteristics of the constitutional State, briefly discussing about its relation to the principle of separation of powers, also in accordance with the federal State. Subsequently, the relevance of the constitutionality control to the protection of the legal and constitutional order is analyzed. It is revealed through this work that the constitutionality control is the most important mechanism of concrete realization of the Fundamental Law. For this purpose, this article is grounded in a descriptive and explicative method, based on doctrinal study, in special from the constitutional and general theory of the State fields.

KEY WORDS: Constitutional state. Constitutionality control. Relevance.

I. Introdução

Em um primeiro momento, afirma-se que a Constituição tomou a feição de cerne de todo o ordenamento jurídico, ponto do qual emana a validade dos atos normativos e leis infraconstitucionais. Explicita-se o desenvolvimento do Estado constitucional, que perpassa a ideia acerca da necessidade de limitação de poder. No mais, discute-se brevemente a relação entre o constitucionalismo e o princípio da separação de poderes, o qual foi elevado à posição de cláusula pétrea por meio do artigo 60, §4º, III da Constituição Federal. Também são tecidas considerações sobre o Estado federal em face dos ditames do Estado constitucional.

Por derradeiro, consideram-se os aspectos principais do controle de constitucionalidade, de maneira a relacioná-lo com a defesa dos valores mais relevantes do Estado constitucional contemporâneo.

II. O Estado constitucional contemporâneo

Ab initio, oportuno mencionar que o ideal constitucionalista começa a surgir durante a Idade Média, em decorrência dos confrontos com o Absolutismo, tendo sua maior expressividade em 1215, ano no qual os barões ingleses compeliram o rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, cujo fim central era o de estipular uma limitação de poderes. Foi no século XVIII, todavia, que se apresentaram os elementos que, posteriormente, acarretariam o nascimento das Constituições. Enquanto o jusnaturalismo veio a trazer o pensamento acerca do indivíduo como ser dotado de direitos naturais de salvaguarda necessária por parte do Estado, o Iluminismo conferiu destaque ao aspecto racional do poder. Nesse aspecto, foram demarcadas as finalidades que trouxeram o constitucionalismo à tona: a racionalização e a limitação do poder e a crença na supremacia do indivíduo¹.

A partir do século XIX, começa-se a desenvolver o chamado “constitucionalismo democrático”, que focalizou os valores da liberdade e da igualdade na construção de um cenário social que conjugava a participação política, o sufrágio universal e a soberania popular². No século XX, o cunho social que marcou as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) influenciou o surgimento de um constitucionalismo social, desenvolvido principalmente após a Segunda Guerra Mundial³. Com o término desta, o Estado passa a ser subordinado a uma Constituição caracterizada pela rigidez. Acerca do tema, elucida Barroso que

A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação⁴.

Ocorreu, nesse período, o processo de reconstitucionalização da Europa, reunindo-se as vertentes constitucionais e democráticas na criação de um modelo político-organizacional que pode ser denominado Estado constitucional de direito, Estado democrático de direito ou Estado constitucional democrático⁵. Nesse ínterim, a lei ganha força ao se evidenciar como desdobramento da Constituição, apresentando-se como um instrumento social apto tanto para transformar a sociedade, quanto para conservar os valores já aceitos e consolidados⁶. No Brasil, a ênfase ao Direito

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.197.

² FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.42.

³ *Ibid*, p.43.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.279.

⁵ *Ibid*.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.121-122.

Constitucional surgiu com a transição do regime autoritário ao Estado democrático de direito, propiciada pela Constituição de 1988⁷.

O Estado constitucional de direito é caracterizado principalmente pela: *a*) importância dada ao princípio da legalidade, com a submissão de todos os poderes ao império do direito; *b*) funcionalização dos poderes estatais, visando à efetividade dos direitos sociais e *c*) supremacia da constituição, na qual estão acoplados os direitos fundamentais⁸. Esse último viés indica que a Lei Maior é apresentada como uma pedra angular do direito político moderno, pressuposto de validade de todos os atos e poderes do Estado. É nela que se vislumbram as normas fundamentais, a estrutura e a organização dos órgãos estatais⁹.

Por consistir a Constituição de 1988 em figura rígida, estabelece-se como lei suprema do Estado brasileiro. Todos os poderes e competências nela encontram a sua fonte. É nessa linha que afirma José Afonso da Silva que

Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal¹⁰.

Assim, pode-se afirmar que o movimento constitucionalista é de natureza ideológica, política e jurídica, na busca de uma forma até então inédita de ordenação e fundamentação do poder¹¹. Na verdade, o constitucionalismo está intimamente relacionado ao princípio da separação das poderes, como pode ser demonstrado através do artigo 16 da Declaração de Direitos de 1789, o qual dispôs que “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos Poderes, não tem Constituição.”¹²

Dessa maneira, o texto constitucional nasce com o caráter de documento escrito e solene que organiza o Estado e que, necessariamente, abarca o intuito de limitação do poder estatal, atingido por

⁷ BARROSO, 2015, p.280.

⁸ MORAIS JÚNIOR, João Nunes. **Estado constitucional de direito: breves considerações sobre o Estado de direito.** *Revista de Direito Público*, Londrina, v.2, n.3, p.119-136, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11367>>. Acesso em: nov. 2018.

⁹ SILVA, 2005, p.45.

¹⁰ *Ibid*, p.46.

¹¹ CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988.** Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010, p.70.

¹² *Ibid*, p.69.

intermédio do princípio da separação dos poderes, com vistas a garantir certos direitos essenciais dos indivíduos¹³. Originou-se das ideias de restrição ao poder e de destaque às liberdades individuais¹⁴.

Nesse ponto, crucial explicitar que o princípio da separação dos poderes representou ponto de especial relevância ao poder constituinte originário, que, através do artigo 60, §4º, III da Constituição Federal, tornou-o cláusula pétrea, ou seja, não passível de sofrer proposta de emenda tendente a abolí-lo¹⁵. Trata-se de princípio incorporado ao constitucionalismo através de Montesquieu, no intuito primordial de salvaguardar a liberdade. Todavia, a partir do final do século XIX, passou a ser vislumbrado também como meio de proporcionar a maior eficiência estatal, em virtude da distribuição de atribuições¹⁶.

Em que pese a teoria da separação dos poderes tenha ficado conhecida com Montesquieu, seu antecedente mais longínquo encontra-se no pensamento de Aristóteles, que considerava os perigos de o poder ser exercido de maneira concentrada. Tal preocupação também foi exposta por Locke, ao retratar as quatro funções fundamentais do Estado (função legislativa, função executiva, função federativa e a função de “fazer o bem público sem se subordinar a regras”)¹⁷.

Já Montesquieu trabalhou a teoria da separação dos poderes com base em um sistema que associa os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que se apresentam de modo harmônico e independente entre si. Desse sistema, adotado pela maioria das Constituições, adveio o que ficou conhecido como “sistema de freios e contrapesos”. Este sistema implica que o Legislativo, ao utilizar-se de atos gerais, não poderia atuar concretamente na vida social e cometer abusos. O poder Executivo só atuaria através de atos especiais, os quais seriam limitados pelas demarcações dos atos gerais do Legislativo. Mesmo que tal configuração evite as extrapolações dos poderes, caberia ao Judiciário fiscalizar os demais poderes e assegurar que atuassem no limite de suas respectivas competências¹⁸.

Assim, Bobbio explica que

A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação de poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo”)¹⁹.

¹³ CAMARGO, 2010, p.72.

¹⁴ DALLARI, 2016, p.200.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: nov. 2018.

¹⁶ DALLARI, *op. cit.*, p.213.

¹⁷ *Ibid*, p.215.

¹⁸ *Ibid*, p.217.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.136.

No mais, esclarece Fachin que a separação de poderes foi abarcada pelo direito brasileiro na Constituição de 1824, com a coexistência dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, mesmo que tenha também estado presente o poder Moderador, compreendido como um elemento de desequilíbrio²⁰. Atualmente, além do já mencionado artigo 60, §4º, III, o princípio também pode ser visto no artigo 2º da Constituição Federal 1988, que alude que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²¹.

Neste ponto, ressalta-se que foi o princípio da separação dos poderes que influenciou os constituintes norte-americanos a compor o governo federativo, não se permitindo que um poder se mostrasse mais relevante do que o outro²². Assim, consiste o Estado federal em pacto entre entidades estatais autônomas, cujas vontades parciais relacionam-se entre si e com a vontade central, de modo a rechaçar a edificação de um poder absoluto²³.

Além disso, possui o Estado federal alguns caracteres essenciais, a saber: a) o surgimento de um novo Estado através da associação dos que concordaram com a federação; b) a inexistência do direito de secessão, ou seja, a impossibilidade de saída legal do Estado após a sua adesão; c) os entes que integram a federação tem autonomia política limitada, sendo a soberania reservada apenas ao Estado Federal; d) o embasamento do Estado Federal é a Constituição, devendo os assuntos a ele pertinentes serem dispostos em conformidade a esta; e) há a repartição de competências entre União e unidades federadas, a qual deverá estar prevista na Lei Maior, sem existir, portanto, hierarquia na estruturação federal; e f) o compartilhamento do poder político entre União e unidades federadas²⁴. O texto constitucional deixa explícita a adoção da forma federativa de Estado logo no artigo 1º, ao elucidar que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal²⁵.

Dessas breves considerações, extrai-se que o constitucionalismo indica, essencialmente, a supremacia da lei e a limitação do poder²⁶. E, em que pese as Constituições tenham sido criações do século XVIII, o Estado constitucional contemporâneo continua com os fundamentos básicos de salvaguarda à supremacia da Constituição e de seus valores fundamentais, por intermédio do controle do exercício do poder²⁷.

²⁰ FACHIN, 2015, p.204.

²¹ BRASIL, 1988.

²² DALLARI, 2016, p.253.

²³ FACHIN, *op. cit.*, p.187.

²⁴ DALLARI, *op. cit.*, p.253-255.

²⁵ BRASIL, 1988.

²⁶ BARROSO, 2015, p.29.

²⁷ DALLARI, 2016, p.201-202.

III. O controle de constitucionalidade

A par do tema anteriormente tratado, tem-se que o controle de constitucionalidade constitui uma das maiores exteriorizações do Estado constitucional contemporâneo, ao passo que visa promover a harmonização de todo o sistema jurídico, com fulcro nos ditames da Lei Maior. Nesse aspecto, a aplicação de uma lei infraconstitucional que conflite com a Constituição não é possibilitada, visto que o emprego da norma inconstitucional supõe a não observância à Constituição Federal, lei máxima do Estado²⁸.

Por conseguinte, o exame acerca do controle de constitucionalidade parte de dois pressupostos básicos: a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. Afirmar que a Lei Maior se mostra como a lei suprema significa, na concepção de Kelsen, tê-la como o ápice da pirâmide normativa, um parâmetro de compatibilidade para todas as demais leis que a ela se submetem²⁹. É fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais, de maneira que nenhum ato jurídico poderá validamente existir enquanto desconforme com seu texto³⁰.

No que diz respeito à rigidez, tem-se que uma lei ordinária ou complementar não poderá alterar a Constituição, visto que o processo de reforma obedece a um rito mais severo do que o pertinente aos demais atos normativos³¹. A evidente manifestação de tal conjuntura dá-se quando se verifica que, segundo o artigo 60, §2º da Constituição Federal, a proposta de emenda constitucional será discutida em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada somente quando obtiver 3/5 (três quintos) dos votos de cada casa³². O contraste é percebido quando se visualiza que uma lei ordinária poderia ser alterada pelo Congresso Nacional por meio de maioria simples³³.

Ao comentar a distinção entre a Constituição rígida e a flexível, Jorge Miranda utiliza-se do pensamento de James Bryce, para quem o cerne da questão encontra-se na análise da posição do texto constitucional em face das leis ordinárias³⁴. Se a Constituição fosse colocada em posição de superioridade perante estas últimas, possuindo características próprias, classificar-se-ia como rígida; se, todavia, estivesse no mesmo nível hierárquico das demais, sem poder específico perante elas, ter-se-

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.23.

²⁹ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010, p.4.

³⁰ BARROSO, *op. cit.*, p.23.

³¹ LEAL, *op. cit.*, p.5.

³² BRASIL, 1988.

³³ LEAL, 2010, p.5.

³⁴ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa: Coimbra Editora, 1996, p.37.

ia uma Constituição flexível. Somente a Constituição rígida, por conseguinte, teria uma feição limitadora dos atos infraconstitucionais³⁵.

Explicitadas tais premissas, diz-se que o controle de constitucionalidade nasce em decorrência de uma Constituição rígida e suprema, que deverá ter seus direitos fundamentais, seus valores materiais resguardados. E, em caso de dissonância com a Constituição, deverá haver a declaração, por força do princípio da presunção *juris tantum* de constitucionalidade das leis e dos atos normativos³⁶.

Ademais, tem-se que o primeiro precedente do controle de constitucionalidade moderno foi o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte nos Estados Unidos em 1803, no qual Marshall sustentou que o poder Executivo poderia sofrer controle jurisdicional, tanto no que tange à legalidade quanto à constitucionalidade de seus atos. Além disso, caracterizou a Constituição como lei fundamental da nação e dispôs que qualquer ato do Legislativo que a contrariasse seria nulo. Por fim, estabeleceu que ao poder Judiciário caberia a interpretação final do texto constitucional³⁷.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi expressamente previsto na Constituição de 1891, em seus artigos 59 e 60, adotando-se o modelo incidental e difuso (análise do caso concreto, podendo qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade). Com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, incorporou-se ao sistema brasileiro a ação genérica de inconstitucionalidade, de modo a conferir ao Supremo Tribunal Federal o controle por ação direta (via principal), estabelecendo-se a fiscalização concreta e abstrata. Referida modalidade de controle de constitucionalidade passou a coexistir com a modalidade difusa e incidental³⁸.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, persistiu o sistema híbrido, com o controle concentrado e por via principal que adveio da EC nº 16 (sistema europeu), além do controle difuso e por via incidental (sistema americano). O controle concentrado passou a abarcar duas hipóteses: *a*) o desenvolvimento em face do Tribunal de Justiça do Estado, na hipótese de ato normativo ou lei estadual ou municipal em contraposição à Constituição estadual (art. 125, §2º, CF); e *b*) o desenvolvimento em face do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de ato normativo ou lei federal ou estadual em contraposição à Constituição Federal (art. 102, I, a). A atual Constituição também inovou ao terminar o monopólio do Procurador-Geral da República para propor a ação direta de

³⁵ *Ibid.*

³⁶ FACHIN, 2015, p.145.

³⁷ BARROSO, 2016, p.30.

³⁸ BARROSO, 2016, p.85-86.

inconstitucionalidade. Agora, o seu artigo 103 elenca vários legitimados para movimentar o controle por via principal³⁹.

A expansão deste mecanismo de controle evidencia a importância cada vez mais marcante de suas funções, dentre as quais incluem-se: a pacificação da vida política, o resguardo dos direitos fundamentais, a harmonia da sociedade política e a salvaguarda e a efetivação da Lei Maior⁴⁰. Tais objetivos também incluem o de garantir a observância ao princípio da separação de poderes, ao passo que a distribuição de competências é assunto de cunho constitucional e que, portanto, conta com a defesa do controle de constitucionalidade.

É nesse sentido que Barroso acentua que o controle de constitucionalidade é instrumento de atuação prática que evidencia a constitucionalização do Estado contemporâneo, relevante ao assegurar as finalidades máximas do sistema jurídico através da concretização da supremacia constitucional. Vide:

Essa realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas que incluem:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador.
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
 - (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
 - (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁴¹.

IV. Conclusão

O controle de constitucionalidade apresenta-se atualmente como o mais importante mecanismo de defesa ao Estado constitucional e de efetivação dos valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ínterim, a Lei Maior conferiu ao poder Judiciário a primordial tarefa de proteger a ordem constitucional de possíveis abusos por parte dos outros poderes. Diante desse quadro, o aperfeiçoamento e a ampliação do controle de constitucionalidade, trazidos pelo texto constitucional de 1988, tal como aludido anteriormente, indicam uma consciência jurídica ainda mais

³⁹ *Ibid*, p.87-89.

⁴⁰ FACHIN, 2015, p.147-148.

⁴¹ BARROSO, 2015, p.403.

abrangente e esclarecida sobre as benesses advindas da adoção do Estado constitucional, de modo a refortificar o fundamento que acarretou o surgimento deste: a restrição ao poder absoluto, com consequente submissão a uma lei superior apta a assegurar direitos fundamentais mínimos aos seus cidadãos.

V. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: nov. 2018.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa: Coimbra Editora, 1996.

MORAIS JÚNIOR, João Nunes. **Estado constitucional de direito: breves considerações sobre o Estado de direito**. *Revista de Direito Público*, Londrina, v.2, n.3, p.119-136, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11367>>. Acesso em: nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E A OBRA “O PROCESSO” DE FRANZ KAFKA

Thainá de Paiva Barrionuevo

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

RESUMO: O presente trabalho busca elucidar questões oriundas do tema dos princípios processuais brasileiros, com especial destaque ao desenvolvimento de ideias acerca dos princípios processuais constitucionais. Tomando como referência as obras de renomados autores como Fredie Didier Jr., Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Daniel Amorim Assumpção Neves, tratar-se-á de assuntos de suma importância como o devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da publicidade dos atos processuais. Ademais, será apresentada uma visão geral a respeito da obra O Processo, de Franz Kafka, no intuito de estabelecer ligações entre as situações vividas pelo protagonista Josef K. e os princípios positivados na legislação brasileira. Tais concepções são de extrema relevância para o desenvolvimento do raciocínio jurídico e crescimento profissional dos leitores, ampliando, indubitavelmente, seus horizontes de conhecimento e explicitando a multidisciplinaridade do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios processuais. Princípios constitucionais. O Processo de Kafka.

ABSTRACT: The present article seeks to elucidate questions about Brazilian procedural principles, with special emphasis on the development of ideas about constitutional procedural principles. Using as a reference renowned authors such as Fredie Didier Jr., Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco and Daniel Amorim Assumpção Neves, the text will show important subjects such as due process of law, the principle of adversarial proceedings and the principle of the disclosure of procedural acts. In addition, an overview on Franz Kafka's The Trial will be presented, in order to establish links between the situations experienced by the protagonist Josef K. and the legal Brazilian principles. Such conceptions are extremely relevant for the development of readers' legal reasoning and professional growth, undoubtedly widening their knowledge horizons and explaining the multidisciplinary of Law.

KEYWORDS: Procedural principles. Constitutional principles. The Trial by Kafka.

1. INTRODUÇÃO

No decorrer da história, inúmeros princípios foram criados para nortear e estruturar o Estado de Direito, no qual a lei é responsável por conduzir a vida social e definir as competências e funções dos órgãos estatais. De maneira geral, esses princípios são observados nas mais diversas Constituições existentes no mundo, estabelecendo a estrutura básica, os fundamentos e as bases de um determinado ordenamento jurídico.

Nesse sentido, torna-se imprescindível a construção de uma análise acerca dos princípios constitucionais do próprio Estado brasileiro, incumbidos de condensar bens e valores

considerados fundamentos de validade de todo sistema jurídico. Tais princípios servem, a um só tempo, como objeto de interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa.

Concomitantemente, faz-se interessante e relevante uma abordagem da famosa obra *O Processo*, de Franz Kafka, sob a perspectiva dos princípios processuais constitucionais brasileiros. O inegável paralelo entre as situações vivenciadas pelo personagem Josef K. e os princípios positivados na legislação brasileira demonstram a proximidade do Direito com outras áreas do conhecimento, a exemplo da própria literatura.

2. “O PROCESSO” DE FRANZ KAFKA

Franz Kafka, nascido em 1883 na cidade de Praga, capital da atual República Tcheca, é considerado um dos maiores escritores de ficção do chamado eixo alemão. Formado em Direito, dedicou grande parte de sua trajetória profissional à advocacia. No tempo livre, escreveu mais de 20 ensaios e romances, que apenas ganharam reconhecimento após sua morte, decorrida de uma tuberculose. Max Brod, seu melhor amigo em vida, foi o responsável por publicar muitos de seus escritos, entre eles “O Processo”, não atendendo aos pedidos de Kafka para que eles fossem queimados.

Nesse sentido, o romance “O Processo” conta a história de Josef K., um empenhado bancário que é detido em seu próprio quarto por dois guardas, na manhã em que completara 30 anos. O que K. imaginava, a princípio, se tratar de apenas uma brincadeira de seus colegas de banco torna-se, ao longo do desenvolvimento da narrativa, um de seus piores pesadelos. Sem saber ao certo a acusação que recaía sobre seus ombros, o personagem principal é colocado no centro de um penoso processo judicial, envolto de chantagens, ameaças, decisões infundadas e, acima de tudo, dúvidas.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A palavra princípio, definida pelo Dicionário Aurélio¹ como sendo “o primeiro impulso dado a uma coisa”, possui, indubitavelmente, inúmeros significados e constitui importante vocábulo utilizado pelas mais diversas áreas do conhecimento. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o Direito, no âmbito geral de seus estudos, condicionou que um princípio se apresenta como o regime nuclear de um sistema normativo, concebendo uma sólida essência sobre a qual um ordenamento jurídico se fundamenta.

Considerados como o grande alicerce de todo o Estado brasileiro, os princípios são responsáveis por coordenar todo o sistema jurídico do país, visando uma constante desenvoltura em prol da sociedade. Além disso, conseguem regular as mais diversas relações jurídicas e são imprescindíveis para uma melhor compreensão dos objetivos e direcionamentos das normas jurídicas

¹ PRINCÍPIO. Dicionário Aurélio de Português Online, 24 set. 2016. Disponível em < <https://dicionariodoaurelio.com/principio>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

em geral, orientando os intérpretes ao longo do exercício de sua função. Ainda, é com a ajuda desses princípios que muitas antinomias entre textos normativos são resolvidas.

Para mais, vale a pena apontar que os princípios podem estar positivamente incorporados ao sistema normativo, transformando-se em normas-princípio e, muitas vezes, concebendo preceitos básicos da organização constitucional. Assim, quando traduzidos em normas da Constituição, os princípios se incumbem de caracterizar os chamados princípios político-constitucionais ou os princípios jurídico-constitucionais, vistos pela maioria dos doutrinadores como os mais importantes pontos de todo o sistema de normas.

Os princípios político-constitucionais, equivalidos aos pretensos princípios fundamentais, instituem decisões sobre a forma de existência política da Nação, segundo Carl Schmitt. Essas decisões políticas fundamentais encontram-se concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, derivando de maneira lógica as normas particulares. Basicamente, isso faz com que elas consigam regular diretamente as relações específicas da vida social. Os princípios fundamentais são apontados pela Constituição Federal nos arts. 1º ao 4º.

Por outro lado, os princípios jurídico-constitucionais traduzem-se nos ditos princípios constitucionais gerais, abrangedores de temas pertencentes à uma teoria geral do Direito Constitucional. Por vezes, esses princípios constitucionais gerais desdobram-se em princípios fundamentais, responsáveis pela definição e caracterização do Estado e da coletividade política, segundo explica Canotilho, além de enumerarem as principais opções político-constitucionais de um país e possuírem essencial função ordenadora. Em síntese, eles possuem o papel de definir a forma e a estrutura do Estado, o regime político e a organização da sociedade como um todo. Ademais, os princípios fundamentais funcionam como critérios de interpretação e integração das normas, processos capazes de propiciar uma maior coerência ao ordenamento jurídico.

A Constituição, por ocupar posição central na esfera do Direito, se faz presente em todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, em relação às questões processuais, Cintra, Grinover e Dinamarco² afirmam que “é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”. O próprio Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)³ sujeita o ramo do Direito Processual aos mandos da Constituição Federal, explicitando que “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Assim, fica evidente que os intérpretes do Código de Processo Civil detêm a responsabilidade de obter, antecipadamente à execução de suas funções, um maior conhecimento acerca de tudo aquilo que é exposto na Carta Magna. Depreende-se, ainda, que o surgimento de um Direito Processual Constitucional é inevitável, bem como a construção de princípios processuais constitucionais.

4. ANÁLISE DA OBRA “O PROCESSO” SOB A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 84.

³ BRASIL. **Novo Código de Processo Civil (2015)**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A obra de Kafka apresenta, indubitavelmente, um vasto campo de análises a todos os estudantes e operadores do Direito. Ao longo dos escritos, percebe-se o cuidado do autor no relato dos mais diversos detalhes de um processo que, sob a ótica dos direitos defendidos pelas atuais democracias, não corresponde àquilo que se julga como ideal. Torna-se significativa, nesse sentido, uma investigação acerca do cumprimento ou da transgressão de princípios processuais constitucionais, propostos no âmbito do Estado brasileiro, no percurso da narrativa kafkaniana. Destaca-se, a este respeito, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, do juiz natural, da duração razoável do processo e da dignidade humana.

4.1. Devido Processo Legal

Consoante aos ensinamentos de Fredie Didier Jr.⁴, pode-se afirmar que a locução *devido processo legal*, derivada da expressão inglesa “*due process of law*”, explicita significativa observação: “o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei”. Entendido como um método de exercício do poder normativo, o processo adquire características legislativas, administrativas ou jurisdicionais, dependendo das normas jurídicas produzidas por ele.

A noção de *devido processo legal* existe há séculos: surgida como cláusula de proteção contra a tirania, remonta ao Édito de Conrado II, que submeteu até mesmo a figura do Imperador às leis do Império, já no ano de 1037 d. C. Claramente influenciada por esse decreto, a Magna Carta de 1215 selou um pacto entre o Rei João e os barões, consagrando, sob uma mesma perspectiva, a submissão do rei inglês a *law of the land* e disseminando, indubitavelmente, as primeiras ideias acerca do devido processo legal, tão importantes ao exercício da cidadania e da democracia.

No que diz respeito à atualidade brasileira, faz-se imprescindível destacar o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵. Do referido preceito constitucional, depreende-se o *princípio do devido processo legal*, que, em síntese, estabelece uma ampla garantia constitucional que tem como objetivo conferir a todo indivíduo o direito fundamental a um processo justo, no qual a busca por um resultado efetivo leve em consideração um tratamento isonômico das partes e ateste um contraditório equilibrado.

Com vistas a assegurar o pleno acesso à justiça, o princípio do devido processo legal firma-se como a causa dos demais: é a partir dele que outros princípios como o do contraditório e da ampla defesa, da publicidade e do juiz natural decorrem. Ao mesmo tempo, faz de seu corolário suas próprias garantias que, “de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”⁶.

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 65.

⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 88.

Ademais, vale a pena destacar que os doutrinadores atuais têm demonstrado grande interesse na análise do *devido processo legal substancial* e do *devido processo legal formal*. No sentido substancial, o devido processo legal atua no campo de elaboração e interpretação das normas jurídicas, tendo como objetivos principais evitar a prática legislativa abusiva e ditar uma aplicação razoável da norma ao longo do desenrolar do processo jurídico acerca de um caso concreto. Por outro lado, o sentido formal do devido processo legal tem como função submeter o juiz à observância dos princípios processuais “na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais”⁷.

Por esse ângulo, percebe-se facilmente que Josef K., protagonista da obra de Kafka, não dispôs do devido processo legal ao longo da narrativa. Sem a garantia do pleno acesso à justiça ou, como explicitou Kazuo Watanabe, sem o “acesso a ordem jurídica justa”, o personagem foi submetido a uma série de procedimentos que revelaram o quão burocrático e inacessível é o campo da justiça.

Sofrendo uma detenção por motivos desconhecidos, K. se viu envolto em um demorado processo, no qual não lhe foi assegurado o direito de exercer plenamente suas faculdades como parte. Ante um contraditório totalmente desequilibrado, ele foi conduzido a uma longa sequência de coações psicológicas e mentais, que deixaram transparecer os arbítrios de uma suposta autoridade para com os cidadãos. Ademais, a figura do juiz, despontada como parcial e não garantidora de direitos dos particulares, suscitou muitas dúvidas quanto a sua legitimidade, bem como não demonstrou esforço algum para buscar uma solução efetiva ao litígio.

4.2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

A Constituição Federal de 1988⁸ defende, no art. 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O *contraditório* e a *ampla defesa* formulam mais um importante princípio processual constitucional, depreendendo-se como corolário do devido processo legal. São viabilizados pela exigência legal de comunicação às partes sobre todos os atos decorrentes de seu litígio; com isso, tem-se, ainda, a importante ligação do contraditório e da ampla defesa com o direito à informação. Apesar de uma análise individual dos termos possibilitar uma melhor compreensão das questões postas, a maioria dos doutrinadores consente que ambos expressam, em sua essência, um mesmo sentido.

O *contraditório*, nesse sentido, pode ser entendido como uma ciência bilateral dos atos e termos processuais. Basicamente, representa a ideia de que todo e qualquer ato praticado ao longo do desenvolvimento do processo deve resultar da participação ativa das partes, concebendo-as a garantia de que efetivamente participarão da decisão judicial. Assim, torna-se imprescindível que o juiz, antes de proferir uma sentença, proporcione às partes uma igual oportunidade de manifestar seus argumentos e contra-argumentos, observando as formas devidas. Em síntese, pode-se afirmar que o princípio do contraditório é composto por dois elementos: a informação e a possibilidade de reação.

Por sua vez, a *ampla defesa* simboliza o entendimento de que as partes têm o direito de proferir argumentos em seu favor e demonstrá-los, se assim for possível, dentro dos limites legais.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 174.

⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Ao contrário do que muitos pensam, o princípio da ampla defesa não pressupõe um enorme leque de produção de argumentos, admitindo apenas que as respectivas defesas necessárias à melhor compreensão do caso concreto sejam formuladas por meios e elementos totais de alegações e de provas, sempre dentro do tempo processual imposto pela lei. Para mais, a defesa englobada pelo princípio pode ser dividida em defesa técnica (exercida por profissional habilitado) e autodefesa (efetuada pelo próprio réu).

Assim, depreende-se que o processo de Josef K., mais uma vez, não seguiu as exigências legais acerca do princípio do contraditório e da ampla defesa. Já de início, constatou-se que o acusado sequer recebeu quaisquer informações sobre as acusações ou sobre seus próprios acusadores. Tais fatos impossibilitaram, de imediato, que o réu tivesse a oportunidade de fundamentar uma defesa que fosse passível de análise judiciária. Não existiu, sob esse ponto de vista, a efetivação do binômio *informação e reação*.

Em síntese, tem-se, por um lado, a clara deturpação do aspecto jurídico do princípio do contraditório e da ampla defesa, no qual o direito de informação e a possibilidade de manifestação e reação encontram-se garantidos por lei. Por outro, o aspecto político do princípio também foi corrompido, dada as inúmeras dúvidas acerca da legitimidade do uso do poder de decisão do juiz e a inobservância do contraditório por parte dessa mesma autoridade no longo e penoso caminho para a resolução do litígio.

4.3. Princípio da publicidade

A *publicidade dos atos processuais* é um direito fundamental garantido pelo art. 5º, inciso LX da Constituição Federal de 1988. Decorrido do princípio da publicidade, possui basicamente duas funções, segundo Fredie Didier Jr.⁹: “a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos; b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional”.

Reafirmada pelos arts. 8º e 11 do Código de Processo Civil de 2015, a publicidade processual dispõe de duas dimensões: a interna e a externa. A dimensão interna, indubitavelmente ampla, remete à publicidade para as próprias partes, que têm o direito de saber de tudo aquilo que ocorre ao longo do desenvolvimento de seu processo. A dimensão externa, por sua vez, se relaciona com a divulgação dos atos processuais para terceiros, o que pode contribuir, como já ressaltado, com a fiscalização popular das atividades dos operadores do Direito.

No entanto, a Constituição Federal indicou, também no art. 5º, inciso LX, que a publicidade processual externa poderá ser restringida caso a defesa da intimidade ou o interesse social assim reivindicarem. Tal garantia constitucional foi reafirmada pelo art. 189 do Código de Processo Civil, responsável por estabelecer que alguns processos devem tramitar em segredo de justiça, a exemplo daqueles que versam sobre casamento, divórcio, filiação e guarda de crianças e adolescentes. Assim, as audiências amparadas pelo segredo de justiça deixam de ser públicas como as demais, de modo que apenas as partes e seus procuradores têm o direito de obter certidões acerca do andamento do processo, salvo em casos nos quais algum terceiro possa se beneficiar com a solução judicial

⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 89.

apresentada. Ademais, vale a pena ressaltar a possibilidade de ocorrência de uma cláusula de confidencialidade na arbitragem, que deve ser respeitada pelo Poder Judiciário.

Levando em conta todas essas informações, torna-se evidente que o princípio da publicidade apareceu na obra de Kafka, sendo mais um dos muitos direitos violados ao longo do processo de K. Na manhã de seu aniversário de 30 anos, o protagonista foi detido por dois guardas em seu próprio quarto e se viu envolto em um processo judicial, no qual as acusações eram desconhecidas.

— O senhor não tem permissão para sair. O senhor está detido.

— É o que parece – disse K. – Mas por quê? – perguntou então.

— Não fomos incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo.¹⁰

No entanto, não apenas os guardas recusaram-lhe míseras informações acerca de seu processo: o inspetor e até mesmo o juiz pareciam impassíveis em relação aos apelos do bancário, colocando em dúvida a legitimidade da situação. Com isso, K. tentou, sem sucesso, entender os motivos que o levaram a ser julgado por um tribunal ao longo do toda a trama.

Confuso quanto ao crime, as acusações e as testemunhas, o julgamento prosseguiu sem que Josef K. tivesse meios de indagar sobre tudo o que estava acontecendo. Observando sua infundada defesa ser desgastada aos poucos, ele sofreu constantemente com as sobressalentes pressões psicológicas e morais, sustentando uma culpa que desconhecia.

4.4. Princípio do Juiz Natural

O *princípio do juiz natural* estabelece, de maneira sintética, que ninguém será processado nem sentenciado senão pela atividade de uma autoridade competente; defende, ainda, a não-existência de juízo ou tribunal de exceção. Sob essa ótica, a preocupação do legislador revela-se em dois aspectos: de um lado, o arbítrio do poder estatal deve ser contido; de outro, a imparcialidade do juiz deve prevalecer ao longo do processo, de modo a impedir que as partes tenham qualquer liberdade de escolha em relação àquele que julgará seu processo. Nesse sentido, a competência do chamado juiz natural, órgão investido legalmente de jurisdição, é determinada de acordo com regras previamente estabelecidas pelo ordenamento jurídico, sendo vedada modificação posterior que tenha o intuito de beneficiar uma ou ambas as partes litigantes.

No que diz respeito a obra *O Processo*, nota-se que, ultrapassada a fase de detenção, Josef K. foi informado de que deveria comparecer em certo dia e local para ser interrogado por um juiz de instrução. Nesse ínterim, o personagem conheceu um cenário semelhante a um fórum judicial, porém muito aquém de um recinto no qual a justiça possa ser promovida:

¹⁰ KAFKA, Franz. **O Processo**. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 9.

K. acreditou estar entrando numa assembleia. Um aglomerado das mais diversas pessoas – ninguém se importou com o recém-chegado – enchia um recinto de tamanho médio, com duas janelas, circundado por uma galeria bem junto ao teto, igualmente lotada, onde as pessoas só podiam ficar em pé se curvadas, com as cabeças e costas batendo no teto.¹¹

Localizado em um dos apartamentos de um pobre condomínio nos subúrbios da cidade, o tribunal responsável pelo julgamento de K. era de difícil acesso e lhe causava inúmeras dúvidas quanto a sua legitimidade, sugerindo a existência de um tribunal de exceção.

Para mais, o juiz de instrução designado para o caso demonstrou claramente que não sabia como conduzir uma audiência conforme os ditames legais. Como instrumento, possuía apenas um velho caderno com anotações aleatórias em letras miúdas. Porém, o que mais causou espanto no protagonista foi o fato de que esse mesmo juiz possuía na gola de seu casaco uma insígnia, a qual compartilhava com os demais membros do júri:

Até onde era possível ver, todos tinham essas insígnias. Todos formavam um único grupo – os supostos partidos da direita e da esquerda – e quando, de repente, K. se virou, viu as mesmas insígnias na gola do juiz de instrução, o qual, as mãos no colo, olhava tranquilamente para baixo.¹²

O emblema, vislumbrado por Josef em um partido popular de sua região, apenas confirmou as suspeitas do réu de que o juiz certamente era parcial ou, no mínimo, tendencioso às ideias de seus correligionários. Isso fez com que o personagem acreditasse piamente que seu papel não seria outro senão de vítima de uma organização que, trabalhando com partidos de fachada, coagia inocentes em busca de informações que lhes fossem úteis.

4.5. Princípio da Duração Razoável do Processo

O princípio da duração razoável do processo foi introduzido na Constituição Federal¹³ pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Assim, foi alçado à qualidade de direito fundamental e passou a ser previsto pelo art. 5º, inciso LXXVIII, no qual lê-se que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. Ademais, depreende-se que o art. 4º do Código de Processo Civil de 2015 reafirma esse dispositivo constitucional, acrescentando que a questão do prazo razoável deve abranger não apenas a solução integral do mérito, como também a atividade satisfativa.

Não são poucos os doutrinadores que afirmam que o fundamento do princípio da duração razoável do processo poderia ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da emenda constitucional explicitá-lo, de fato, no art. 5º da Constituição: o princípio em questão

¹¹ KAFKA, Franz. **O Processo**. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 41.

¹² KAFKA, Franz. **O Processo**. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 51.

¹³ BRASIL. **Constituição Federal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

constitui, assim como muitos outros, um dos aspectos do próprio devido processo legal. Não se pode descartar, porém, a declarada preocupação geral do legislador no que diz respeito a um dos entraves mais problemáticos da justiça: a demora no julgamento dos processos.

Em primeiro lugar, então, o princípio da duração razoável do processo é direcionado ao legislador, que deve assumir a responsabilidade de editar leis que acelerem o andamento dos processos. Em segundo, ele é dirigido também para o administrador, que deve se encarregar da manutenção dos órgãos judiciários, a fim de que estes possam dar efetividade à norma constitucional. Por fim, o princípio em questão volta-se para os juízes, que, no exercício de suas atividades, devem buscar os melhores resultados possíveis, sempre presando pela economia de esforços, despesas e tempo das partes, de modo a construir um processo eficiente.

Na obra de Kafka, o processo de K. demonstrou-se longo e penoso. Com uma crítica que pode facilmente ser transposta para os dias atuais, o autor explicitou a morosidade dos processos judiciais que, muitas vezes, envolvem diversas pessoas em uma dura jornada repleta de constrangimentos e imposições e, ao final, não apresentam soluções efetivas para o litígio. Nesse sentido, os próprios personagens criticam, ao longo da narrativa, tal aspecto da justiça, a exemplo de um dos guardas responsáveis pela detenção de K.: “E como demoram os processos desse tipo, principalmente nos últimos tempos!”¹⁴

4.6. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A *dignidade da pessoa humana*, considerada um direito fundamental de conteúdo complexo, é tomada como um dos alicerces da República, já no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Não obstante, o Código de Processo Civil de 2015 ordena, no art. 8º, que o órgão julgador “resguarde e promova” a dignidade da pessoa humana ao longo do exercício de suas funções.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. explicou que *resguardar a dignidade da pessoa humana* corresponde a “de um lado, aplicar corretamente a norma jurídica ‘proteção da dignidade da pessoa humana’ e, de outro, não violar a dignidade (por exemplo, na condução do depoimento da parte)”¹⁵. No que diz respeito ao verbo *promover*, o autor destacou a opção do legislador em exigir um comportamento mais ativo do magistrado, de modo que esse possa tomar decisões que efetivem, de fato, a dignidade da pessoa humana, a exemplo do pedido de prioridade na tramitação processual.

Vale a pena destacar, ademais, aquilo que a doutrina considera como atributos da dignidade da pessoa humana, a saber: o respeito à autonomia da vontade; o respeito à integridade física e moral; a não-coisificação do ser humano e; a garantia do mínimo existencial. De maneira geral, os estudos acerca do princípio em questão buscam trazer à tona discussões que envolvem a questão da humanização do processo que, de maneira sintética, defende que os atos processuais não devem estar exclusivamente voltados ao cumprimento de técnicas legislativas, sendo de extrema importância a observação da própria situação humana e de todos os impactos que o desenvolvimento de determinado litígio causará na vida dessas pessoas. Assim, pode-se ainda afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana também assume importante papel no que corresponde à valorização dos próprios direitos das pessoas.

¹⁴ KAFKA, Franz. **O Processo**. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 9.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 76-77.

A obra *O Processo* apresenta, nesse sentido, diversos episódios nos quais a dignidade da pessoa humana foi, indubitavelmente, ferida. Os obstáculos injustos e desumanos aos quais K. foi submetido ao longo do curso de seu processo revelaram o crescente distanciamento do Poder Judiciário para com o povo. Destarte, a justiça foi apresentada como sendo um ideal inalcançável e totalmente manipulado por determinados grupos de pessoas, que não faziam a mínima questão de analisar os casos concretos do ponto de vista social, de modo que suas decisões acabavam, majoritariamente, atingindo negativamente a vida dessa população.

Muitos dos direitos fundamentais dos cidadãos eram ignorados pelas autoridades, a exemplo da privação de um conhecimento mínimo acerca das acusações que pesavam sobre os ombros de K. Pode-se, ainda, citar inúmeras humilhações às quais o personagem principal foi submetido, como a violação de sua intimidade ao ser surpreendido por dois guardas que o detiveram em seu próprio quarto e a consequente exposição que toda a situação causou ante aos demais inquilinos na pensão em que morava. Também se destacaram a constante espionagem realizada pelos colegas de trabalho a mando das autoridades e a cena de tortura e escárnio observada por K.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios, ao lado das regras, nada mais são do que normas jurídicas. Aos princípios cuja ambiência natural é a Constituição são conferidos maiores graus de juridicidade, de modo que sua normatividade é potencializada. Por mais que pareçam apenas construções doutrinárias, esses princípios constitucionais possuem inegável função interpretativa e, assim, são utilizados a todo momento nos processos judiciais.

Nesse sentido, a obra de Kafka, ao retratar as histórias vivenciadas por Josef K. na busca pelo conhecimento e pela solução de um litígio no qual foi envolvido inocentemente, realiza uma inegável aproximação entre a literatura e o Direito. Assim, o universo jurídico explicita, mais uma vez, sua multidisciplinaridade.

Vale a pena destacar, por fim, que *O Processo* profere, claramente, inúmeras críticas ao Poder Judiciário. Ao longo do desenrolar de uma trama a beira do surreal, do mistério e da loucura, são mostradas diversas injustiças causadas pelo judiciário, de modo a transparecer um sistema falho e vulnerável que submete os valores e a vida do ser humano às suas mais diversas arbitrariedades. Não é difícil, sob essa ótica, estabelecer comparações entre as situações vivenciadas por K. e a atual realidade jurídica brasileira, envolta em instabilidades e imersa, de certo modo, em um estágio de alienação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGAMO, Bruno. *Princípios Fundamentais da Constituição*. 2016. Disponível em: <<https://bmbergamo.jusbrasil.com.br/artigos/305572327/principios-fundamentais-da-constituicao>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Novo Código de Processo Civil (2015)*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNEIRO, Douglas Mattoso. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49374/principios-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa>>. Acesso em: 23. jan. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito Processual Constitucional. In: _____. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. cap. 5. p. 84.

_____. _____. In: _____. _____. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. cap. 5. p. 88.

DIDIER JR., Fredie. Normas fundamentais do processo civil. In: _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 1. cap. 2. p. 65.

_____. _____. In: _____. _____. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 1. cap. 2. p. 76-78.

_____. _____. In: _____. _____. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 1. cap. 2. p. 89-90.

DOBLER, Juliano. Os Princípios Constitucionais. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3597/Os-Principios-Constitucionais>>. Acesso em: 22. jan. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Princípios Fundamentais do Processo Civil. In: _____. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 3. p. 87-88.

_____. _____. In: _____. _____. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 3. p. 95-96.

_____. _____. In: _____. _____. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 3. p. 104-105.

KAFKA, Franz. O Processo. 12ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 272 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Processo. In: _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. cap. 3. p. 174.

PRINCÍPIO. Dicionário Aurélio de Português Online, 24 set. 2016. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/principio>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

SOUZA, Luciana Virgília Amorim de; SOUZA, Isabel Maria Amorim de. Análise da obra “O Processo” de Franz Kafka. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-da-obra-o-processo-de-franz-kafka,37491.html>>. Acesso em: 25. jan. 2018.

A NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA *STRICTO SENSU*: ESTUDO SINTÁTICO-SEMÂNTICO

Valterlei Aparecido da Costa

Mestrando em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela UFPR. Ex-Técnico de Finanças e Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Advogado em Curitiba/PR. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3426-5878>. E.mail: costa.valterlei@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar as diversas concepções a respeito da estrutura da norma jurídica tributária para, ao final, concluir pela incompletude do modelo apresentado pela doutrina tradicional, apontando, a título de complemento, um critério pessoal na hipótese, além de critérios espacial e temporal na consequência, bem como ajustes no critério quantitativo da consequência para comportar adições, subtrações e compensações.

PALAVRAS-CHAVE: Norma jurídica tributária; Hipótese tributária; Consequência tributária.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da estrutura do direito. 3 A norma jurídica tributária *stricto sensu*. 4 A norma jurídica tributária e o “fato gerador”. 5 A norma tributária na doutrina. 6 Hipótese tributária: ajustes. 7 Consequência tributária: ajustes. 8 Conclusões. 9 Referências Bibliográficas

1 Introdução

Há o mundo. E o mundo pode ser descrito¹. Para tanto, descrever o mundo, precisamos de uma linguagem. No entanto, a linguagem também faz parte do mundo. Logo, a linguagem pode ser descrita. A isso chamamos de metalinguagem².

Há o direito positivo. E o direito positivo está no mundo. Assim, o direito positivo pode ser descrito. No entanto, o direito é linguagem. Logo, há uma metalinguagem que descreve o direito positivo. A isso chamamos de ciência do direito³.

¹ “3.11 Utilizamos o sinal sensível e perceptível (sinal escrito ou sonoro, etc.) da proposição como projeção da situação possível. O método de projeção é pensar o sentido da proposição”. Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.149.

² “Nas discussões sobre a metodologia da ciência, é costumeiro e proveitoso dividir a linguagem da ciência em duas partes, a linguagem observacional e a linguagem teórica”. Rudolf Carnap, O caráter metodológico dos conceitos teóricos, In: *Coletânea de textos*, p.221 (I).

³ “As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estar relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito”. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p.80 (III.3).

Entre o mundo e a linguagem, há uma vinculação. Ambos comungam da mesma estrutura⁴. De igual modo, o direito positivo e a ciência do direito possuem a mesma estrutura. À linguagem que trata da estrutura que está presente tanto no direito positivo como na ciência do direito, chamamos de teoria geral do direito⁵.

De tudo, conclui-se que fazer ciência do direito é emitir uma linguagem que descreva o direito positivo respeitando uma estrutura que é comum tanto à ciência do direito como ao direito positivo.

2 Da estrutura do direito

Tal qual se pode reduzir o mundo a um único elemento⁶, pode-se reduzir o direito positivo à norma jurídica. Não se está aqui, com isso, tratando da ontologia do mundo nem da essência do jurídico. Contentemo-nos com o convencionalismo⁷. O mundo é simples e o direito, que está no mundo, de igual modo, é simples. Não que o direito não possa ser visto, v.g., como tridimensional⁸. Claro que sim! Também pode ser visto como justiça⁹ ou como meio de dominação de classe¹⁰. Por isso, quando se reduz o direito à norma jurídica, não se nega outras aproximações, apenas se tenta atingir um maior grau de precisão por meio de uma determinação específica do objeto. O que chamamos de

⁴ “4.03 [...]. A proposição comunica-nos uma situação; deve, pois, estar essencialmente vinculada à situação. E o vínculo é precisamente ser figuração lógica dela”. Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.149 (itálico consta do original).

⁵ “Nada dizem de específico, porque as formas lógicas são estruturas compostas de variáveis e de constantes, isto é, de símbolos substituíveis por quaisquer objetos de um domínio qualquer, de símbolos que exercem funções operatórias definidas, fixas, invariáveis”. Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p.47 (l.7).

⁶ “Julga Demócrito que a natureza das coisas eternas consiste em pequenas substâncias, infinitas em quantidade, e para elas propõe um local, distinto delas e infinito em extensão. E chama o lugar pelos nomes de ‘vazio’, ‘nada’ e ‘infinito’; e cada uma das substâncias ele chama ‘coisa’, ‘sólido’ e ‘ser’”. Simplicio, *Comentários a sobre os céus*, 294.30-325.22. Jonathan Barnes, *Filósofos pré-socráticos*, p.290-291 (III.21).

⁷ “O convencionalista se dá por satisfeito com a simplicidade relativa do conteúdo empírico de uma teoria, não vendo necessidade de conceder um *status* elevado à teoria propriamente dita [...]”. Christopher Ray, *Tempo, espaço e filosofia*, p.128 (4) (itálico consta do original).

⁸ “[...] na teoria tridimensional do direito, tal como a conceituo, o *valor* é o elemento de mediação dialética entre *fato* e *norma*, sendo ele mesmo a expressão de um desenvolvimento histórico no plano das estimativas”. Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, p.153 (III) (itálicos constam do original).

⁹ “O jurista dedica-se a desvelar o que é justo nas relações sociais, na sociedade; é, por assim dizer, o *técnico da justiça*, o que sabe do justo e do injusto”. Javier Hervada, *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito*, p.10 (II.2) (itálicos constam do original).

¹⁰ “A ordem jurídica, diz Marx, deve ser entendida com base nas relações de propriedade concretamente existentes. A expressão coerciva de um Estado – comandos, regras, injunções, decretos administrativos – não pode ser outra coisa além da vontade da classe dominante elevada à condição de direito, mesmo que seu conteúdo consista em preservar as condições de funcionamento em vigência no sistema econômico”. Wayne Morrison, *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p.313 (10).

redução. E como consequência desse pensamento, direito como norma, temos a posição de que uma entidade multifacetada é reduzida a um enfoque delimitado.

Num mundo reducionista, o direito seria um conjunto de normas e todas as normas jurídicas seriam iguais (na estrutura). A isso chamamos de homogeneidade sintática, na qual não haveria uma distinção forte entre princípios e regras¹¹. E, por estrutura, queremos aqui dizer “[...] conjunto de elementos [...] e uma ou mais operações [...]”¹². Logo, a estrutura da norma jurídica é a forma de ligação, por meio de operadores, de seus elementos. Se usarmos uma idiosincrasia semiótica, diremos que estamos no plano sintático, da sintaxe. Essa forma de ligação é o que podemos chamar de “[...] regras de formação, que determinam as combinações independentes permissíveis de membros do conjunto [...]”¹³.

Uma das regras de formação mais famosas do direito é aquela que resulta na estrutura kelseniana. A norma jurídica completa seria formada pela norma primária e a norma secundária¹⁴.

¹¹ A homogeneidade das normas jurídicas vem sendo renegada: “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípio é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. Robert Alexy, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87. Ao menos desde que HART expôs: “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles”. Herbert Hart, Pós-escrito, **O conceito de direito**, p.325. De nossa parte, só podemos dizer quanto a essa questão, de serem os princípios diferentes das regras de um ponto de vista estrutural, que “As modas filosóficas mudam com o tempo (ainda que não tão rápido como outras modas), e a atmosfera filosófica de hoje em dia é diferente da que reinava trinta anos atrás. Tudo o que posso dizer em minha defesa é: o fato de que uma teoria esteja em moda não é garantia de que seja a melhor teoria, nem também de que seja uma boa teoria”. Eugenio Bulygin, Raz e a teoria do direito. Comentários sobre “Pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz, In: Joseph Raz, Robert Alexy e Eugenio Bulygin, **Uma discussão sobre a teoria do direito**, p.119.

¹² José Ferrater Mora, **Dicionário de filosofia**, p.233-234.

¹³ Charles Morris, **Fundamentos da teoria dos signos**, p.28 (III.1) (itálicos constam do original).

¹⁴ Inicialmente KELSEN atribuía o adjetivo “primária” (primär) à norma que contém a sanção, sendo a que traz a conduta que a evita tratada de “secundária” (sekundär): “[...] en el supuesto de que se produzca la conducta contraria se ha de llevar a efecto el acto coactivo. Esta es la norma jurídica en su forma primaria. Por tanto, la norma que establece la conducta que evita el acto coactivo solo puede valer como norma secundaria”. Hans Kelsen, **Teoria pura del derecho**, p.60 (III.14.b). Posição que sofreu justa crítica, pois: “O Direito-norma, em sua integridade constitutiva, compõe-se de duas partes. Denominemos, em sentido inverso do da teoria kelseniana, norma primária a que estatui direitos/deveres (sentido amplo) e norma secundária a que vem em consequência da inobservância da conduta devida, justamente para sancionar seu inadimplemento (impô-la coativamente ou dar-lhe conduta substitutiva reparadora). As denominações adjetivas ‘primária’ e ‘secundária’ não exprimem relações de ordem temporal ou causal, mas de antecedente lógico para conseqüente lógico”. Lourival Vilanova, **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 105-106 (V.1). Em obra publicada postumamente, ao menos na tradução brasileira, houve mudança do austríaco (Hans Kelsen nasceu em Praga, ainda sob a vigência do Império Austro-Húngaro) em relação ao tema, passando a ser “secundária” a norma sancionatória: “O muito que se divulgou no mundo com referência à norma primária e à secundária também não mais corresponde à última opinião de Kelsen. Ele modificou, radicalmente, o seu entendimento sobre a qualificação de duas normas que se interligam num núcleo de um preceito: uma descrevendo a conduta devida e a outra fixando a consequência jurídica da infringência. A segunda norma, Kelsen qualificara primária e a primeira, secundária. No presente tratado, porém, retificou seu antigo modo de pensar: a primeira, hoje, em terminologia kelseniana, é a norma primária e a segunda, a norma secundária”. José Florentino Duarte, Palavras do tradutor, In: Hans Kelsen, **Teoria geral das normas**, p. IX. Digo “ao menos na tradução brasileira” porque já se levantou a seguinte objeção, mesmo que com o friso de que não houve alteração de conteúdo: “Há pequena diferença entre os textos das traduções inglesa e brasileira, na parte final, que, no entanto, não lhe afeta o conteúdo. É que na edição brasileira está escrito ... ‘e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado’, e enquanto na tradução inglesa [General theory of norms, tradução de Michel Hartney] se faz menção a ‘capítulo anterior’”. Marcos Bernandes de Mello, **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, p.65. A passagem, traduzida por José Florentino Duarte, é: “[...] precisa-

COSSIO foi no mesmo sentido, mas as nomeando de endonorma e perinorma¹⁵. Assim, a norma jurídica apresenta uma estrutura bimembre, o que, desdobrando-se, resulta numa estrutura (bi) bimembre já que cada uma das normas, a primária e a secundária, são formadas por uma hipótese e consequência¹⁶. Afinal, na linha kelseniana, todas as normas jurídicas são hipotéticas¹⁷. Resta então concatenar as normas primárias às secundárias. É sempre tentador unir tais normas, formando a norma jurídica completa por meio do conectivo conjuntivo (.)¹⁸. No entanto, se assim procedermos teremos grandes dificuldades para explicar o cumprimento espontâneo da norma jurídica. Visando, então, a evitar isso, vamos aqui, neste trabalho, adotar uma posição mais fraca, ou seja, aquela que une as normas primárias e secundárias por meio de uma disjunção inclusiva (v)¹⁹⁻²⁰.

Em curta síntese, pode-se concluir, num mundo reducionista e convencional, que a estrutura completa de toda e qualquer norma jurídica é: se dado certo fato, então deve ser determinada conduta, ou não sendo a conduta devida, então deve ser a sanção.

se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária — e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado”. Hans Kelsen, **Teoria geral das normas**, p.181 (35). Que podemos ratificar, tradução de Hugo Carlos Delory Jacobs, com: “[...] se tiene que caracterizar la primeira como norma primaria y la segunda como norma secundaria — y no a inversa, como fue formulado por mí em las argumentaciones precedentes”. Hans Kelsen, **Teoría general de las normas**, p.148. E uma consulta ao original também mostra o acerto do tradutor brasileiro: “[...] muß man die erste als primäre und die zweite als sekundäre Norm bezeichnen — und nicht umgekehrt wie dies von mir Vorhergehenden formuliert wurde”. Hans Kelsen, **Allgemeine theorie der normen**, p.115. Ao que nos parece, não há nenhum equivo de tradução, tendo KELSEN mudado o nome das normas, passando a denominar a que possui a sanção de secundária, sem que com isso relegasse a importância da sanção. Não há o porquê se imaginar que a mudança de nome implicou uma mudança em sua concepção do direito. Não devemos ir tão longe.

¹⁵ “Lo más notable de esta estructura normativa es que se encuentra dividida en dos miembros por la conjunción o. La Teoría egológica ha denominado endonorma al primer miembro y perinorma al segundo. La prestación es lo que debe ser según la endonorma, pero según la perinorma es la sanción lo que debe ser”. Carlos Cossio, **Teoría de la verdad jurídica**, p.122 (IV.2).

¹⁶ “No interior de cada proposição, temos antecedentes (hipóteses) e consequências (teses), que Kelsen chama pressupostos e consequências”. Lourival Vilanova, **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p.106 (V.2).

¹⁷ “As normas jurídicas gerais têm a forma de enunciados hipotéticos. [...]. Uma norma jurídica individual também pode ter essa forma hipotética. [...]. Existem, porém, normas jurídicas individuais que não têm caráter hipotético”. Hans Kelsen, **Teoria geral do direito e do estado**, p.54 (I.C.c). Posteriormente, na 2ª edição da Teoria Pura do Direito, Kelsen vai explicitar que por normas gerais, nisso está “[...] incluindo as normas gerais de omissão [...]”. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, p.112 (III.12). Já quanto à norma individual categórica, Kelsen dá a entender, no de publicação póstuma Teoria geral das normas, que ela é categórica apenas na aparência, pois a hipótese, e sua ocorrência, seria pressuposta: “Se a norma jurídica individual da decisão judicial é categoricamente formulada, então é porque a autoridade que fixa a norma pressupõe os fatos reais da condição: que *pode* ser cumprida ou infringida”. Hans Kelsen, **Teoria geral das normas**, p.26 (5) (itálico consta do original).

¹⁸ “[...] existem uma conexão necessária entre o valor de verdade de uma conjunção e os valores de verdade dos seus conjuntivos. Uma conjunção é verdadeira se ambos os seus conjuntivos forem verdadeiros; no caso contrário, é falsa”. Irving Copi, **Introdução à lógica**, p.227 (II.8.II).

¹⁹ “Uma disjunção débil só é falsa no caso de ambos os disjuntivos serem falsos”. Irving Copi, **Introdução à lógica**, p.230 (II.8.II).

²⁰ COSSIO adotou a posição de que a norma jurídica se satisfaz apenas com a ocorrência da conduta prescrita na norma que não contém a sanção: “La norma completa resulta, por lo tanto, um juicio lógicamente disyuntivo”. Carlos Cossio, **Teoría de la verdad jurídica**, p.122 (IV.2). No mesmo sentido, foi a lição de VILANOVA: “O esquema da norma jurídica toma a forma ‘deve ser que se H, então C’, ou ‘D (H→C)’. Abrangendo a norma primária e a norma secundária [nossa norma eventual], temos ‘D [(H→C) v (não-C→E)]’”. Lourival Vilanova, **Causalidade e relação no direito**, p.94 (II.12).

3 A norma jurídica tributária *stricto sensu*

A posição reducionista de mundo nos trouxe ao ponto em que tributo não pode ser outra coisa a não ser uma norma jurídica²¹. Novamente uma entidade multifacetada é reduzida a um enfoque delimitado. E como norma jurídica vai apresentar uma e mesma estrutura. Entretanto, há necessidade de uma carga semântica para que uma norma jurídica se diferencie das outras e possa ser chamada de tributária. Sintaticamente não haveria uma ciência do direito tributário²². Sendo assim, é o conteúdo da norma jurídica, seu aspecto semântico, quem dá a feição de tributo e não sua forma. Entretanto, antes de passarmos propriamente para o tributo, enquanto certa e específica conduta, podemos realizar um corte com fins de simplificação do nosso estudo. Limitar-nos-emos à parte da norma jurídica que apenas prescreve a conduta devida que especificaremos como tributária, sem aqui tratarmos das consequências de seu descumprimento²³.

A norma jurídica prescreve uma conduta (ação ou omissão) como consequência de uma dada situação. Mas se queremos a norma jurídica tributária, então não é qualquer conduta que se prescreve, e sim a de se levar dinheiro²⁴. Tem-se, portanto, a consequência da norma jurídica tributária encontrada por meio de uma delimitação semântica: deve-se dar dinheiro a alguém²⁵. Falta, então, descrever a situação que uma vez ocorrida, deve implicar esse dever. Com já afastamos a norma jurídica completa e ficamos apenas com a parte que não contém a sanção, a situação que a norma jurídica descreve como gatilho para a obrigação de dar, de que aqui tratamos, não pode ser um ilícito²⁶.

²¹ Como adeptos da posição de que tributo é norma jurídica, podemos, exemplificativamente, citar: — “[...] tributo é norma jurídica, ao menos no que tange à sua configuração estática”. Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.99. — “Tributo é a norma jurídica geral, não autônoma, que estabelece uma prestação pecuniária ao Estado, como conseqüente da ocorrência de um fato lícito”²¹. Américo Lacombe, **Obrigação tributária**, p. 110. — “O conhecimento do tributo passa necessariamente pelo conhecimento da norma, pois, afinal, **tributo é norma**”. José Roberto Vieira, **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**, p.70 (negritos constam do original).

²² “[...] o direito tributário positivo é o ramo didaticamente autônomo do direito, integrado pelo conjunto das proposições jurídico-normativas que correspondem, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos”. Paulo de Barros Carvalho, **Curso de direito tributário**, p.15 (l.6).

²³ Nessa linha: “A norma tributária por excelência é a endonorma tributária [...]”. Marçal Justen Filho, **O imposto sobre serviços na constituição**, p.42.

²⁴ Há aqueles que entendem ser possíveis prestações jurídicas tributárias *in natura* e *in labore*, tais como, a desapropriação, a requisição de bens ou serviços e o serviço militar: “O *objeto* da prestação é que poderá variar segundo o critério da Política Fiscal; esta poderá escolher (mediante criação de regra jurídica) em lugar do dinheiro, um outro bem (ex.: imóvel) ou um serviço pessoal”. Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.633.

²⁵ Quem é esse alguém? “O sujeito ativo, que dissemos ser o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária, no direito tributário brasileiro pode ser uma pessoa jurídica pública ou privada, mas não visualizamos óbices que impeçam venha a ser pessoa física”. Paulo de Barros Carvalho, **Curso de direito tributário**, p.311.

²⁶ “Não se conclua, por isso, que um rendimento auferido em atividade ilícita não está sujeito ao tributo. Nem se diga que admitir a tributação de tal rendimento seria admitir a tributação do ilícito. [...]. Quando se diz que o tributo não constitui sanção de ato ilícito, isso quer dizer que a lei não pode incluir na *hipótese de incidência* tributária o elemento ilicitude. Não pode estabelecer como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação de pagar um tributo uma situação que não seja lícita. Se o faz, não está instituindo um tributo, mas uma penalidade. Todavia, um *fato gerador* de tributo pode ocorrer em circunstância ilícitas, mas essas circunstâncias são estranhas à hipótese de incidência do tributo, e por isso mesmo

Quando se causa dano, igualmente, pode surgir o dever de levar dinheiro, mas, outrossim, não se trata de tributo, e sim de indenização²⁷. Sabemos, então, num primeiro momento, o que tributo (norma jurídica tributária) não é: *não* é multa e *não* é indenização.

Há ainda uma outra coisa que tributo não é: *não* é ato de vontade²⁸. Essa situação, entretanto, apesar de ser apresentada pela doutrina junto com os outros dois *nãos*, é diferente, pois aqui a delimitação não é mais semântica. Como as normas jurídicas são postas no mundo é algo determinado pelas normas de competência. E dentro desse como, há a especificação de quem, como que conteúdo e observando que forma, criará a norma jurídica. Logo, se o tributo decorre da lei, não significa que é lei. Estar-se-ia confundindo a origem da coisa com o que a coisa é. Sem embargos, para fins de simplificação, vamos pôr no mesmo horizonte que tributo não é *contrato*.

Assim, é o ato lícito e o dever de levar dinheiro ao *fiscum*, concatenados por lei, que recebem o epíteto de tributo. De forma ainda mais precisa, tributo é uma parte da norma jurídica completa, o significado cujo significante somente pode ser a lei, que tem como hipótese uma conduta lícita e como consequência um dever de levar dinheiro a alguém. Essa é a norma jurídica tributária por excelência, em volta da qual as outras se organizam. Em suma, estamos a falar da norma jurídica tributária em sentido estrito²⁹.

4 A norma jurídica tributária e o “fato gerador”

Uma vez exposto o que é tributo, deveríamos continuar com o estudo sintático-semântico da norma jurídica tributária, enfocando como se estruturam sua hipótese e consequência. No entanto, vemos necessidade antes de recapitularmos um clássico ensinamento da nossa doutrina: a situação descrita na norma jurídica não se confunde com ocorrência dessa situação³⁰.

irrelevantes do ponto de vista tributário”. Hugo de Brito Machado, Arts. 3º a 5º, In: **Comentários ao código tributário nacional**, Ives Gandra da Silva Martins (coord.), vol. I, p.27 (itálico consta no original).

²⁷ “[...] não configura tributo aquela cobrança de valores destinados a recompor o patrimônio público lesado em decorrência de certa atividade, ainda que lícita, pois a responsabilidade pode ser objetiva ou quase objetiva nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição”. Misabel Derzi, Nota de atualização, In: Aliomar Baleeiro, **Direito tributário brasileiro**, p.36.

²⁸ Para quem acredita que a lei possui vontade, tributo seria uma manifestação de vontade da lei: “Assim como para o nascimento da obrigação de Direito Privado é essencial a manifestação de vontade das partes (obrigação *ex voluntate*), para o nascimento da obrigação tributária é essencial a manifestação da vontade da lei (obrigação *ex lege*)”. Ruy Barbosa Nogueira, **Curso de direito tributário**, p.146 (itálicos constam do original).

²⁹ “[...] nada mais congruente do que designar por *norma tributária em sentido estrito* àquela que marca o núcleo do tributo, isto é, a regra-matriz da incidência fiscal, e de *normas tributárias em sentido amplo* a todas as demais”. Paulo de Barros Carvalho, **Curso de direito tributário**, p. 252 (itálicos constam do original).

³⁰ Nem todos concordam com a separação: “[...] temos observado que não existe uma distinção entre a relação subjetiva abstrata e a relação obrigatória concreta, que não existe um dever tributário distinto da concreta obrigação tributária: o dever tributário não se determina num primeiro momento abstratamente em virtude do momento de vinculação com o sujeito

Uma coisa é a norma jurídica que descreve um evento e prescreve uma conduta, ligando as partes por meio do deôntico. Outra, bem diferente, é a ocorrência no mundo do ser daquilo que a norma jurídica descreve³¹. Os planos não se confundem e não ter em conta tal distinção pode provocar problemas de grande monta, como o de se utilizar a expressão “fato gerador” para o abstrato e para o concreto, sem qualquer distinção³². Além do mais, a ambiguidade não é o único problema, pois a expressão “fato gerador” é ainda infeliz ao traduzir um ideia de que o dever de conduta seria gerado pelo fato³³.

Claro que a ambiguidade apontada — um termo se referir tanto à situação abstrata, prevista na norma jurídica, como à efetiva ocorrência da situação descrita abstratamente — não é uma exclusividade do direito tributário³⁴. Entretanto, por ter se tornando uma “entidade onipresente”, houve a necessidade de um maior combate ao uso da expressão “fato gerador” no direito tributário. E, no nosso entender, o ponto de inflexão, a Batalha de Poitiers, é o grande-pequeno livro de ATALIBA, no qual não só apontou que a expressão “fato gerador” estava ligada a dois significados distintos, como também propôs nomes para evitar tal situação³⁵:

ativo, para concretizar-se num segundo tempo em uma obrigação tributária enquanto se verifique o pressuposto de fato”. Dino Jarach, **O fato imponible**: teoria geral do direito tributário substantivo, p.94-95.

³¹ Também não se confundem a conduta devida com a sua prática de fato pelo sujeito.

³² Ao que parece, foi essa falta de clareza que levou ao que podemos chamar de glorificação do fato gerador: “Neste ensaio de teoria geral de direito tributário material toda análise ocorre, então, tendo como centro o pressuposto de fato da obrigação tributária, o fato imponible. Trata-se de uma glorificação do pressuposto [...]”. Dino Jarach, **O fato imponible**: teoria geral do direito tributário substantivo, p.98. FALCÃO também é bem incisivo: “O fato gerador é um conceito fundamental e nuclear para o estudo do direito tributário”. Amílcar Falcão, **Fato gerador da obrigação tributária**, p.31. Entretanto, o mesmo FALCÃO procura se afastar do que qualifica de “exagero”, mas, ao fim e ao cabo, acaba por confirmar a importância do “fato gerador”: “Sem incidir no exagero de afirmativa tão radical [não passa toda a teoria do direito tributário de um desenvolvimento da própria teoria do fato gerador], pode dizer-se, entretanto, que inúmeros conceitos de institutos de que se ocupa aquela disciplina têm como ponto de partida a noção mesma de fato gerador [...]”. Amílcar Falcão, **Fato gerador da obrigação tributária**, p.32.

³³ O próprio termo “geração” causa estranha, pois seu significado filosófico é, “Segundo Aristóteles, ‘a mudança que vai do não-ser ao ser do sujeito, segundo a contradição’: a passagem da negação da coisa a coisa”. Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, verbete “geração”, p.484. Assim, dizer o que gera a obrigação tributária causa certo embaraço em razão do significado que se quer dar a “gerar”. De todo modo, uma das críticas mais fortes à expressão é aquela de BECKER, para quem “[...] o ‘fato gerador’ não gera coisa alguma além de confusão intelectual”. Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.318. Entretanto, o próprio FALCÃO, apesar de usar e consagrar ainda mais uma expressão que já era famosa, tinha em conta a existência de dificuldades: “É certo que também tal expressão é passível de crítica. Em especial, o qualificativo de gerador contém uma impropriedade. Não é o fato gerador quem cria, quem digamos assim, gera a obrigação. A fonte de tal obrigação, a energia ou força que a cria ou gera é a própria lei”. Amílcar Falcão, **Fato gerador da obrigação tributária**, p.29.

³⁴ “A palavra alemã *Tatsbestand*, que, ao pé da letra, significa ‘situação dos fatos’ ou ‘estado das coisas’, e que os italianos traduzem por *fattispecie*, indica, pois, não o fato bruto, mas sim o ‘tipo de fato’ ou o ‘fato-tipo’ previsto na norma de direito como pressuposto lógico da incidência do preceito ou dispositivo”. Miguel Reale, **O direito como experiência**, p. 205.

³⁵ BECKER já havia chamado a atenção para a dualidade, mas foi infeliz com a escolha dos novos nomes ao tentar desfazê-la, como se percebe nessa passagem: “A *mesma* regra jurídica não pode incidir, mais de uma vez, sobre a sua hipótese incidência *realizada*”. Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.322 (itálicos constam do original). Afinal, uma previsão que já ocorreu não é mais uma hipótese. De todo modo, a melhor doutrina atual acolheu os ensinamentos e estabelece de força incisiva a distinção entre os planos: “Esclareçamos, de início, nosso repúdio à locução ‘fato gerador’, consagrada pelo legislador nacional, por sua equivocidade flagrante, já que alude simultaneamente a duas realidades inconfundíveis: a descrição hipotética do fato (uma abstração) e o próprio evento material (algo concreto)”. José

[...] sempre distinguimos estas duas coisas, denominando “hipótese de incidência” ao conceito legal (descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato) e “fato imponible” ao fato efetivamente acontecido, num determinado tempo e lugar, configurando rigorosamente a hipótese de incidência³⁶⁻³⁷.

Há a descrição de um evento que ainda não se deu e há posteriormente a efetiva realização no mundo do ser do evento descrito. Estamos diante de dois significados diferentes, razão pela qual devemos nomeá-los diversamente. Entretanto, não vamos utilizar os nomes sugeridos por ATALIBA, hipótese de incidência tributária e fato imponible, mas, por mera questão de estipulação, ficaremos com aqueles dados por CARVALHO, quais sejam, hipótese tributária e fato jurídico tributário³⁸.

5 A norma tributária na doutrina

Reduzimos o direito à norma jurídica. A norma jurídica, por sua vez, de forma analítica, nós a decompos: dado o evento, então deve ser a conduta; ou não sendo a conduta devida, então deve ser a sanção. E para o estudo tributário, fizemos um corte, limitando-nos à primeira parte. Assim, de posse de uma estrutura minimalista, passamos a saturar os categoremas, expondo que evento é a descrição de uma situação lícita e que conduta devida é a de levar dinheiro. Por fim, avalizamos que para o direito tributário brasileiro, o suporte físico na qual esse fragmento de norma jurídica se manifestará é a lei. Aqui está, portanto, o resultado do nosso trabalho até o momento. Já quanto ao próximo passo, devemos aprofundar a análise da estrutura da norma jurídica tributária, mas antes há a necessidade de algumas palavras sobre a doutrina que versa sobre o tema.

Decano no estudo da estrutura da norma tributária em sentido estrito, BECKER entende que a hipótese é formada por um núcleo, que é único, e por um ou mais elementos adjetivos que devem ocorrer, possíveis de demarcação, portanto, num determinado lugar e tempo. Assim,

Roberto Vieira, Imposto sobre produtos industrializados: uma águia garciamarquiana ente os tributos, In: Eurico de Santi *et al.* (Coord.), **Tributação das empresas**: curso de especialização, p.177.

³⁶ Geraldo Ataliba, **Hipótese de incidência tributária**, p.54.

³⁷ A posição ATALIBA, apesar de ter-se firmado, também sofreu críticas: “Em princípio, ‘fato imponible’ seria aquele fato que ‘estaria sujeito à imposição tributária’, por isso ‘imponible’, isto é, passível de imposição. Não é, propriamente, o que ocorre. Apenas surge o fato e a incidência acontece, automática e infalível, fazendo desabrochar relação jurídica caracterizada por uma prestação de dar. Não existe o fato e a incidência anteriormente à incidência, de tal modo que, enquanto imponible, não é ainda fato e, após a incidência, em concomitância com seu nascimento, já assumiu na plenitude as virtudes de sua juridicidade [sic]”. Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.123.

³⁸ “[...] preferimos chamar o fato acontecido no campo da realidade física de ‘fato jurídico tributário’, reservando à descrição legal o nome de ‘hipótese tributária’ ou ‘suposto tributário’”. Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.123. Já CARRAZZA vale-se das expressões fato gerador *in abstracto* e fato gerador *in concreto*: “A base de cálculo *in abstracto* está para a hipótese de incidência do tributo (fato gerador *in abstracto*) assim como a base de cálculo *in concreto* está para o fato imponible (fato gerador *in concreto*)”. Roque Antonio Carrazza, **Curso de direito constitucional tributário**, p.226 (itálicos constam do original).

A dissecação de toda e qualquer hipótese de incidência mostrará que ela se compõe de um único *núcleo* de um ou mais *elementos adjetivos* e que ela somente poderá se realizar na época e no espaço que foram previstos pelas *coordenadas de tempo e lugar*³⁹.

E prossegue ensinando que o núcleo é a parte mais importante da hipótese. Mas a tão conhecida precisão do gaúcho também — raras vezes, é verdade — falha. BECKER afirma que o núcleo da hipótese é a base de cálculo⁴⁰. No entanto, como se tratará mais adiante, a base de cálculo pertence à consequência da norma tributária e não a sua hipótese. Em relação ao elemento (s) adjetivo (s), também possui ele sua importância, pois — se é o núcleo quem dá o gênero — a espécie tributária é obtida a partir dele⁴¹. E das várias possibilidades de elementos adjetivos, uma está sempre presente: “Este *elemento adjetivo* sempre constante é o que liga a hipótese de incidência a alguém”⁴². Por fim, a hipótese, ao fixar núcleo e elemento (s) adjetivo (s), estabelece quando e onde eles devem se dar. Temos, então, as coordenadas de tempo e espaço⁴³.

Já quanto à consequência da norma jurídica, que BECKER chama de “relação jurídica”, é composta de dois polos: o positivo e o negativo. Sabemos que “A pessoa que se encontra no pólo negativo, assume a posição jurídica de *sujeito passivo* na relação jurídica. A pessoa que tomar lugar no pólo positivo, assume a posição jurídica de *sujeito ativo*”⁴⁴. Esses sujeitos estão ligados, tendo o sujeito ativo direito à prestação e o sujeito passivo o dever de prestá-la. Com efeito, “A relação jurídica é entre pessoas, isto é, entre entidades capazes de ter direito, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções”⁴⁵. Por sua vez, a prestação jurídica é um fazer ou não fazer, pois “[...] *nunca é o bem* (dinheiro, móvel ou imóvel, etc.) [...]”⁴⁶. Isso porque um dar ou não dar é sempre um fazer ou não fazer.

³⁹ Alfredo Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.329 (itálicos constam do original).

⁴⁰ “*Núcleo* – Na composição da hipótese de incidência o elemento mais importante é o *núcleo*. [...] [...] é o núcleo que confere o *gênero jurídico* ao tributo. Nas regras jurídicas de tributação, o núcleo da hipótese de incidência é sempre a *base de cálculo*”. Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.329 (itálicos constam do original).

⁴¹ “*Elementos Adjetivos* – No conteúdo da hipótese de incidência, além do núcleo, existem ainda um ou mais elementos das mais diversas naturezas que *adjetivam* o núcleo, determinando-lhe menor ou maior especialização. O gênero jurídico do tributo é resultante da natureza do núcleo e as *espécies* jurídicas daquele gênero jurídico de tributo são conferidas por elementos adjetivos”. Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.330 (itálicos constam do original).

⁴² Alfredo Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.331 (itálicos constam do original).

⁴³ “Os fatos (núcleo e elementos adjetivos) que realizam a hipótese de incidência necessariamente, acontecem num determinado tempo e lugar, de modo que a realização da hipótese de incidência sempre está condicionada às coordenadas de tempo e às de lugar. [...]. As *coordenadas de lugar* podem condicionar que o núcleo e elementos adjetivos devam acontecer todos no mesmo lugar ou cada um em distintos lugares [...]. As *coordenadas de tempo* podem condicionar o acontecimento do núcleo e elementos adjetivos à *contemporaneidade* [...]. Ou a *sucessividade* [...]. Ou a *sucessividade dentro de prazo* [...]”. Alfredo Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.333 (itálicos constam do original).

⁴⁴ Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.340.

⁴⁵ Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, Tomo I, p.169.

⁴⁶ Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.347 (itálico consta no original).

“Distingue-se a prestação do seu *objeto*. A prestação é o *facere* ou *non facere*. O *objeto* da prestação é aquilo que está (ou não está) sendo feito”⁴⁷.

Em linhas gerais, esse é o entendimento do grande BECKER sobre a norma jurídica tributária. E como pioneiro, fez um trabalho excepcional, que mudou a forma de se ler o direito tributário. Mas, em sua ardente paixão pela defesa da importância da base de cálculo dos tributos, cometeu o grave erro de localizá-la no núcleo da hipótese, em vez de devidamente a assentar na consequência, como meio de encontrar o objeto da prestação jurídica.

Outro que deu grande contribuição para o estudo da norma jurídica tributária foi ATALIBA que pregou ser a estrutura da norma jurídica tributária igual a de qualquer outra norma jurídica, mas acabou seguindo por um caminho um pouco distinto em relação à posição adotada neste trabalho — a de que a norma jurídica apresenta uma estrutura sintática (bi) bimembre — ao analiticamente decompor a norma jurídica em três partes, a saber, a hipótese, o mandamento e a sanção⁴⁸. Fato que não passou despercebido a CARVALHO:

[...] afastamos desde já a possibilidade de juntas a esses dois elementos – hipótese ou supostos e consequência – um terceiro, que seria a sanção, posto que adotamos a aludida dicotomia das regras jurídicas e, com isso, a norma sancionadora seria precisamente outra regra, com hipótese e consequência próprias⁴⁹.

De todo modo, prosseguiu aquele que foi um dos mais renomados professores da PUC/SP, limitando o estudo tributário, em seu sentido estrito, à hipótese e ao mandamento:

Os critérios para cabal desempenho desse trabalho estão na lei: na hipótese de incidência e no mandamento. Na hipótese de incidência, a indicação do sujeito ativo e dos critérios para determinação do sujeito passivo (aspecto pessoal); a indicação da materialidade ou consistência material do fato descrito (aspecto material); a qualificação das coordenadas de tempo (aspecto temporal) e de lugar (aspecto espacial) juridicamente relevantes e a fixação da perspectiva dimensível do aspecto material (base impositiva) que deve ser considerada, no fato, pelo intérprete. Aplicada a alíquota – inserida no mandamento – à base calculada, obtém-se, em cada caso, o *quantum* devido, objeto da obrigação, nascida do fato impositivo⁵⁰.

Afirmações que precipitaram, não sem razão, uma chuva torrencial de críticas. O desequilíbrio entre os componentes da hipótese e do mandamento é patente. Todo o foco é dado à

⁴⁷ Alfredo Augusto Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.347 (itálico consta no original).

⁴⁸ “Toda norma jurídica tem hipótese, mandamento e sanção. Verificada a hipótese, o mandamento atua, incide. Acontecido o fato previsto na hipótese da lei (hipótese legal), o mandamento, que era virtual, passa a ser atual e se torna atuante, produtivo dos seus efeitos próprios: exigir inexoravelmente (tornar obrigatórios) certos comportamentos, de determinadas pessoas”. Geraldo Ataliba, **Hipótese de incidência tributária**, p.42.

⁴⁹ Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p. 18.

⁵⁰ Geraldo Ataliba, **Hipótese de incidência tributária**, p.119.

hipótese⁵¹. Não se deve ter medo de especular que isso decorre de ter ATALIBA transmutado para a hipótese a glorificação existente em torno do fato gerador. Mas há muitos méritos em ATALIBA que, ao contrário de BECKER, corretamente separou o aspecto material da base de cálculo. Com efeito, o núcleo da hipótese não é mais a base de cálculo. Mas, após a promoção da separação, equivocou-se ao assentar a base de cálculo, pois a localizou ao lado do aspecto material, na hipótese, deixando apenas a alíquota no mandamento. Com a devida vênia, tal formatação não procede:

Estão [...] na consequência, a alíquota e a base de cálculo, que determinam o conteúdo do dever-ser. Não procede, assim, a afirmação de Geraldo Ataliba, no sentido de que a base de cálculo é a perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência⁵².

Mas a confusão não para por aí. Afirma ATALIBA que na hipótese de incidência encontra-se o aspecto pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo)⁵³. Sem maiores preocupações, poderia se dizer que a assertiva é exata. Mas uma olhadela mais apurada põe a nu o equívoco. Uma coisa é quem deve praticar a situação descrita na lei para que a incidência ocorra; outra coisa, totalmente diferente, é quem deve levar a outrem o dinheiro. Distinção que passou despercebida ao professor da PUC/SP, mas não a COELHO:

[...] o dever e seus sujeitos, o ativo e o passivo, surgem como consequência da realização da hipótese de incidência, não podendo, portanto, fazer parte dessa mesma hipótese. O aspecto subjetivo está no mandamento e não na hipótese da norma de tributação. Na hipótese, o que há é o 'aspecto pessoal' servindo para dar textura e especificidade ao fato eleito como jurígeno⁵⁴.

Tanto BECKER quanto ATALIBA merecem aplausos por seus esforços em traçar a estrutura da norma jurídica tributária. Mas isso não impede que se reconheça os defeitos dessa empreitada. O bastão, então, foi passado a CARVALHO que deu novo vigor ao estudo por meio do que

⁵¹ COELHO cita CARVALHO como aquele que primeiro apontou o dedo para a falta de harmonia entre a hipótese e a consequência na teoria de ATALIBA: "[...] credite-se ao Professor Paulo de Barros Carvalho o mérito de ter chamado a atenção da tributarística brasileira, quicá latina, para a importância do 'mandamento' da norma na mecânica de sua aplicação à vida, com seu notável *A Teoria da Norma Tributária*". Sacha Calmon Navarro Coelho, **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**, p.111 (itálicos constam do original). E o faz com razão: "Verdadeiramente melancólico o papel que se atribui à consequência das endonormas tributárias, enquanto se reserva à hipótese a virtude de conter os dados essenciais, os elementos definidores dessa classe de fenômenos jurídicos". Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.112-113. Dando de volta a palavra a COELHO: "A melhor doutrina, contudo, vem se equivocando no estudo e na descrição da norma tributária. Toda ênfase é posta na *hipótese de incidência* (fato gerador *abstrato*); nela são alojados elementos estruturais que estão, em verdade, nas consequências das normas (*mandamentos*)". Sacha Calmon Navarro Coelho, **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**, p.101 (itálicos constam do original).

⁵² América Lacombe, **Obrigação tributária**, p.49.

⁵³ "O aspecto pessoal, ou subjetivo, é a qualidade – inerente à hipótese de incidência – que determina os sujeitos da obrigação tributária, que o fato impositivo fará nascer. Consiste numa conexão (relação de fato) entre o núcleo da hipótese de incidência e duas pessoas, que serão erigidas, em virtude do fato impositivo e por força da lei, em sujeitos da obrigação. É, pois, um critério de indicação de sujeitos, que se contém na h.i.". Geraldo Ataliba, **Hipótese de incidência tributária**, p.80.

⁵⁴ Sacha Calmon Navarro Coelho, **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**, p.96.

chamou de regra-matriz de incidência⁵⁵. Assim, a norma jurídica tributária em sentido estrito apresenta a feição bimembre, com hipótese e consequência. Na hipótese, há descrição de um fato, na consequência, existe a prescrição da relação jurídica. Até aqui nada de diferente das formulações anteriores. A questão ganha relevo quando há o destrinchamento de seus critérios. Na hipótese, encontra-se um critério material, temporal e espacial. Na consequência, um critério pessoal e um critério quantitativo:

[...] tanto no *descriptor* (hipótese) quanto no *prescriptor* (consequência) existem referências a critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos. Na hipótese (*descriptor*), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (*prescriptor*), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota)⁵⁶.

CARVALHO foi muito feliz na distribuição dos critérios entre a hipótese e a consequência. Houve o correto equilíbrio, pois não tratou o autor com preferência qualquer das partes. Assim, não é nenhum exagero dizer que “Está é, talvez, a mais aguda percepção da estrutura da norma tributária”⁵⁷. Após as devidas abstrações lógicas, temos:

$D\{[Cm(v.c).Ce.Ct] \rightarrow [Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]\}$. Explicando os símbolos dessa linguagem formal, teremos: “D” é o dever-ser neutro, interproposicional, que outorga validade à norma jurídica, incidindo sobre o conectivo implicacional para juridicizar o vínculo entre a hipótese e a consequência. “[Cm(v.c).Ce.Ct]” é a hipótese normativa, em que “Cm” é o critério material da hipótese, núcleo da descrição fáctica; “v” é o verbo, sempre pessoal e de predicação incompleta; “c” é o complemento do verbo; “Ce” é o critério espacial; “Ct” o critério temporal; e “.” é o conectivo conjuntor. “→” é o símbolo do conectivo condicional, interproposicional; e “[Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]” é o consequente normativo, onde “Cp” é o critério pessoal; “Sa” é o sujeito ativo da obrigação; “Sp” é o sujeito passivo; “bc” é a base de cálculo; e “al” é alíquota⁵⁸.

Sem embargo, há reparos a fazer, tanto na hipótese quanto na consequência da norma jurídica tributária dada por nossa doutrina.

⁵⁵ No brilhante Teoria da Norma Tributária, datado de 1974, é que surge a teoria da regra-matriz de incidência, mas sem que o autor ainda lhe desse esse nome. Ademais, seja por modéstia, seja por acanhamento, não foi visionário o autor sobre o impacto da obra no direito tributário: “Esse modo de enxergar a regra jurídica tributária não pretende ser original e sabemos não tratar-se (sic) de posição da qual possam advir consequências práticas sensíveis”. Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.115. No entanto, para vermos a importância da obra, basta lembrarmos que: “Atualmente, aproxima-se de uma centena a quantidade de obras que promoveram a aplicação da Regra-Matriz de Incidência Tributária a fim de definir a natureza dos tributos brasileiros”. Clarice von Oertzen de Araujo, Prefácio à 5ª ed., In: **Teoria da norma tributária**, Paulo de Barros Carvalho, p.13.

⁵⁶ Paulo de Barros Carvalho, **Curso de direito tributário**, p.253.

⁵⁷ Sacha Calmon Navarro Coêlho, **Teoria geral da interpretação e da exoneração tributária**, p.95.

⁵⁸ Paulo de Barros Carvalho, A regra-matriz de incidência do imposto sobre importação de produtos estrangeiros, In: Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.) **Curso de direito tributário e finanças públicas**, p.524-525.

6 Hipótese tributária: ajustes

A hipótese tributária traz em seu bojo um critério material, mas como o que faz é recortar o mundo, então também isola uma porção do contínuo espaço-temporal. Assim, há a conduta humana que se pode localizar no espaço e especificar no tempo. Entretanto, não contém a regra-matriz aquele que praticará a conduta. Entretanto, não há um porquê de se ignorar quem a pratica. Por essa visão, então lacunosa a posição apresentada. Ponto mais do que bem lembrado por COELHO:

[...] ao lado dos aspectos *material, temporal e espacial*, acrescentamos ao fato jurígeno, na hipótese da endonorma, um *aspecto pessoal*. É que o fato jurígeno (um ‘ser’, ‘ter’ ou ‘fazer’) está sempre ligado *a uma pessoa*, e, às vezes, os tributos ou qualificações dessa pessoa são importantes para a delimitação da *hipótese de incidência*⁵⁹.

Outro que se rebelou contra a estruturação da norma jurídica tributária proposta por CARVALHO foi JUSTEN FILHO:

Levando em consideração especialmente que o núcleo da hipótese (aspecto material) consiste na indicação do comportamento de alguém, comprova-se estar o modelo incompleto, já que a representação ideal de uma conduta histórica não se exaure no fornecimento das circunstâncias material, espacial e temporal. Faz-se indispensável, além disso, indicar o *sujeito* da conduta que objetivamente materializa o fato tributário⁶⁰.

Mas o antagonismo das posições não deve ser analisado na versão 0 ou 1, tudo ou nada, sim ou não. Não há dúvidas de que a conduta descrita deve ser praticada por alguém. “A questão é se este dado tem relevância suficiente para ser elevado à categoria de critério da hipótese de incidência tributária”⁶¹. Afinal, ao tratar da estrutura da norma jurídica tributária, “[...] não razoaria versar elementos episódicos, quando o objetivo é surpreender o arcabouço essencial da norma jurídica tributária, seu mínimo irreduzível ou sua unidade monádica”⁶². Entretanto, uma afirmação sobre uma suposta irrelevância de um critério na hipótese não pode determinar a estrutura da norma em si. Importante ou não, a questão é: ele está ou não presente? Para respondermos tal pergunta, basta lembrarmos da seguinte ordem: quem; faz o quê; quando; e onde. Há, portanto, um quem. Assim, “[...] o

⁵⁹ Sacha Calmon Navarro Coelho, **Teoria geral da interpretação e da exoneração tributária**, p.95-96 (itálicos constam do original).

⁶⁰ Marçal Justen Filho, **O imposto sobre serviços na constituição**, p.47 (itálico consta do original).

⁶¹ José Roberto Vieira, **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**, p.64.

⁶² Paulo de Barros Carvalho, **A regra-matriz do ICM**, p.146.

aspecto subjetivo [...] não pode passar despercebido na análise e confirmação da concretização daquela hipótese⁶³. Afinal,

[...] o âmbito de validade pessoal nas normas gerais existe: ela vale, genericamente, para todos os que praticam o fato previsto no verbo do critério material, - objeto da ação humana. Pode-se até ocultá-lo, para fins de simplificação de análise, pois [...] em grande parte das vezes, ele não é relevante na análise da norma de incidência tributária⁶⁴.

E um exemplo de caso em que o critério pessoal faz-se indispensável, dá-nos JUSTEN FILHO:

Na maior parte dos casos do Direito Positivo, é dispensado critério pessoal expresso. Contudo, há aqueles em que é essencial à ocorrência do fato impositivo uma determinada qualidade ou condição subjetiva. No campo dos tributos não-vinculados, isto é mais raro. O exemplo claro de necessário critério pessoal expresso é o do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias, ICMS – em cuja hipótese encontram-se situações fáticas vinculadas à profissionalidade⁶⁵.

Conclui-se assim que a hipótese tributária é formada pelos critérios pessoal, material, temporal e espacial.

7 Consequência tributária: ajustes

A principal celeuma sobre a composição da consequência da norma jurídica tributária encontra-se no critério quantitativo⁶⁶, que para CARVALHO é formado exclusivamente por base de cálculo e alíquota⁶⁷. Uma vez ocorrido o fato jurídico previsto, surge o dever de pagar, que é calculado num “[...] determinado percentual (alíquota), aplicado sobre a base tributável”⁶⁸. Mas isso é tudo? A resposta é um rotundo não, pois “No plano da consequência da norma tributária, particularmente, é

⁶³ Luís Eduardo Schoueri, **Direito tributário**, p.535.

⁶⁴ Carlos Renato Cunha, **O SIMPLES nacional, a norma tributária e o princípio federativo**: limites da praticabilidade, p.105.

⁶⁵ Marçal Justen Filho, **O imposto sobre serviços na constituição**, p.51.

⁶⁶ “A determinação objetiva consiste na imposição de uma conduta, devida pelo sujeito passivo em benefício do ativo. Repelimos, aqui, a alusão de Barros Carvalho ao vocabulário ‘quantitativo’. Reputamos que a norma determina o objeto da relação jurídica – não uma quantia. [...]. Sendo o objeto da relação jurídica uma conduta, a utilização do vocabulário *quantitativo* materializa terminologia inadequada cientificamente”. Marçal Justen Filho, **O imposto sobre serviços na constituição**, p.53 (itálicos constam do original).

⁶⁷ “Há de vir [o critério quantitativo] sempre explícito pela conjugação de duas entidades: base de cálculo e alíquota [...]”. Paulo de Barros Carvalho, **Curso de direito tributário**, p.338.

⁶⁸ José Souto Maior Borges, **Lançamento tributário**, p.147.

forçoso convir que o Professor Paulo de Barros Carvalho deixou desenvolver a sua teoria de modo mais cabal (e poderia tê-lo feito, com sobras de mérito)”⁶⁹. E, ao menos, duas razões podem ser apontadas:

*A uma, porque tributos há que sequer base de cálculo e alíquota possuem. [...]. A duas, porque outros tantos tributos, mais complexos, exigem para quantificação do dever tributário o concurso de outros dados imprescindíveis à fixação do quantum debeatur*⁷⁰.

Questão à parte os tributos fixos, não há como negar que a consequência da norma tributária, ao prescrever o dever de levar dinheiro, deve determinar como calcular o montante a ser pago. Em alguns casos, base de cálculo e alíquota podem ser suficientes, bastar *per se*, mas nem sempre é assim, pois em muitos casos temos adições, subtrações e compensações. Claro que sempre se pode alegar que “[...] adições e subtrações posteriores à base de cálculo são irrelevantes, pois também posteriores à norma-padrão e aos seus efeitos; e as adições e subtrações anteriores já se presumem embutidas na base de cálculo”⁷¹. No entanto, na verdade, as adições e subtrações não são nem posteriores nem anteriores. Apenas estão, geralmente, previstas em outros dispositivos de lei. Ao se formar a norma jurídica tributária, são elas lógica e juridicamente simultâneas à base de cálculo. Não há um porquê de se isolar a base de cálculo na consequência e dizer que os acréscimos e subtrações encontram-se em outra norma jurídica. Se eles determinam o *quantum* a pagar, então pertencem à prescrição normativa.

Na consequência da norma jurídica tributária, há a prescrição de um dever de alguém levar determinada quantia de dinheiro a outrem. Isso é certo. Mas ainda não diz tudo, pois se carece de saber o quando e o onde. Em suma, falta a data e o local de pagamento. Só assim teremos o correto desenho para responder à pergunta: quem deve levar a quem, quanto, quando e onde? Sem isso, ter-se-á uma formação incompleta, com a presença de reticências e espaços.

Em relação à data de pagamento, há muito, desde a regência da Constituição de 1967, é chamada a atenção para sua importância:

[...] pela Constituição, fixar prazo para cumprimento de obrigação pecuniária não é matéria administrativa. É assunto que não comporta discricção. É matéria legal, porque diz respeito à quantificação da obrigação tributária do cidadão diante do Estado⁷².

⁶⁹ Sacha Calmon Navarro Coêlho, **Teoria geral da interpretação e da exoneração tributária**, p.99.

⁷⁰ Sacha Calmon Navarro Coêlho, **Teoria geral da interpretação e da exoneração tributária**, p.99 (itálicos constam do original).

⁷¹ José Roberto Vieira, **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**, p.68.

⁷² Geraldo Ataliba e J. A. Lima Gonçalves, Carga tributária e prazo de recolhimento de tributos, **Revista de direito tributário**, v. 45, p.27.

E esse pensamento sobreviveu ao advento da Constituição de 1988, já que “[...] o princípio da legalidade exig[e] que a lei, além de apontar a *base de cálculo* e a *alíquota* dos tributos, minudenciasse o *modo* e o *prazo* de seu recolhimento”⁷³. Assim, o tema tem seu valor para a doutrina.

Entretanto, não queremos aqui, neste artigo, promover um sincretismo entre a legalidade e a estrutura da norma jurídica tributária. Apenas realizamos tais transcrições de grandes autores para mostrar a importância do assunto. De todo modo, um dever dirigido a alguém sem vir acompanhado do quando e do onde deve ser realizado é algo incompleto. Assim,

“[...] a norma tributária determina, além da conduta de pagar e os instrumentos para liquidação do valor a ser pago (base imponible e alíquota ou gravame), outros aspectos da conduta devida. Assim, a determinação sobre o momento em que a conduta exigida deverá efetuar-se e o local em que deverá ocorrer”⁷⁴.

Conclui-se, assim, que a consequência da norma jurídica tributária é formada pelos critérios pessoal (ativo e passivo) e quantitativo (base de cálculo e alíquota), mas não só por eles. O critério quantitativo deve sofrer um ajuste para comportar as adições, subtrações e compensações, bem como ainda deve ser considerada a presença dos critérios espacial e temporal.

8 Conclusões

A norma jurídica tributária é uma estrutura mínima. Disso não decorre que possa ser insuficiente. Assim, não existe razão para mutilá-la, mesmo que com a boa intenção de simplificá-la⁷⁵. Conclui-se, portanto, que a norma jurídica tributária é composta por hipótese e consequência. Na hipótese, há os critérios: pessoal, material, espacial e temporal; já na consequência, encontramos os critérios: pessoal (ativo e passivo), quantitativo (base de cálculo e alíquota), com ajustes para comportar as adições, subtrações e compensações, além dos espacial e temporal.

⁷³ Roque Antonio Carraza, **Curso de direito tributário**, p.236 (itálico consta do original).

⁷⁴ Marçal Justen Filho, **O imposto sobre serviços na constituição**, p.53.

⁷⁵ MARÇAL, que aponta serem incompletos os critérios presentes na consequência, aceita a perda de conteúdo em nome da simplificação: “Preferimos, porém, e mesmo para evitar a construção de um esquema de pouca operacionalidade (por sua tremenda complexidade – até terminológica), restringir-nos à consideração das determinações subjetivas e objetiva (compreendidas nessa a quantitativa, a espacial e a temporal)”. Marçal Justen Filho, **O imposto sobre serviços na constituição**, p.54. Outro, que adota o mesmo entendimento, é VIEIRA: “No que toca ao como, quando e onde pagar, cremos que, embora revestidas de significação econômica, constituem questões de menor relevância jurídica, às quais falta sintonia com a ideia da regra-matriz dos tributos como *arcabouço essencial, mínimo irreduzível, unidade monádica*”. José Roberto Vieira, **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**, p.68 (itálicos constam do original).

9 Referências Bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi *et al.* 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAUJO, Clarice von Oertzen. Prefácio à 5ª edição. In: CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 5.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed. 5.tir. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ATALIBA, Geraldo; LIMA GONÇALVES, J. A. *Carga tributária e prazo de recolhimento de tributos*. *Revista de direito tributário*, v.45. São Paulo: Revista do Tribunais, 1988, p.24-31.
- BARNES, Jonathan Barnes. *Filósofos pré-socráticos*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 2002.
- BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BULYGIN, Eugenio. Raz e a teoria do direito. Comentários sobre “pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; Bulygin, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- CARNAP, Rudolf. **Coletânea de textos**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultura, 1980.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. A regra-matriz de incidência do imposto sobre importação de produtos estrangeiros. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.), **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *A regra-matriz do ICM. Tese de livre docência em direito tributário*. PUC/SP. São Paulo, 1981.
- _____. *Curso de direito tributário*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria da norma tributária*. 5.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária** (o significado do art. 116, parágrafo único, do CTN). 3.ed. São Paulo: Dialética, 2003.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: El foro, 2007.

CUNHA, Carlos Renato. *O simples nacional, a norma tributária e o princípio federativo: limites da praticabilidade tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Nota de atualização. In: *BALEEIRO, Aliomar, Direito tributário brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DUARTE, José Florentino. *Palavras do tradutor*. In: Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986.

FALCÃO, Amílcar Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 2.ed. São Paulo: RT, 1971.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

HERVADA, Javier. *O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito*. Tradução de Sandra Marta Dolinsky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

JARACH, Dino. *O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo*. Tradução de: Dejalma de Campos. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O imposto sobre serviços na constituição*. São Paulo: RT, 1985.

KELSEN, Hans. *Allgemeine theorie der normen*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.

_____. *Teoría general de las normas*. Traductor: Hugo Carlos Deloy Jacobs. México: Trillas, 1994.

Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986.

_____. *Teoría pura del derecho*: primeira edición de 1934. Tradução de Gregorio Robles Morchón y Felix F. Sánchez. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACOMBE, Américo. *Obrigação tributária*. 2.ed. Florianópolis: Obras Jurídicas, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. Arts. 3º a 5º. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. vol. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.23-41.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORRIS, Charles W. **Fundamentos da teoria dos signos**. Tradução de Milton José Pinto. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

RAY, Christopher. **Tempo, espaço e filosofia**. Tradução de Thelma Médice Nóbrega. Campinas, SP: Papirus, 1993.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.

_____. Imposto sobre produtos industrializados: uma águia garciamarquiana entre os tributos. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Tributação das empresas: curso de especialização**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Casualidade e relação no direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3.ed. São Paulo: USP, 2001.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LÍCITO

Vivian Carla da Costa

Acadêmica de Direito do Centro Universitário Unicuritiba/PR.

RESUMO: O presente artigo busca explorar a possibilidade de responsabilidade do Estado por danos causados ao cidadão em razão de condutas que não contrariam a lei, o que estaria em desarmonia com a teoria geral da responsabilidade civil. Essa excepcionalidade encontra fundamento no princípio da primazia do interesse público sobre o privado, em que o agente público, no singelo intuito de atender à coletividade, acaba por lesionar direito de particular. Entretanto, essa atípica modalidade de responsabilidade não é pacífica no direito brasileiro, haja vista que não são todos os danos que ensejam reparação: há critérios e parâmetros que vêm sendo estabelecidos pela doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil do Estado – Ato Lícito – Dano – Dever de Indenizar.

SUMÁRIO: 1. Responsabilidade Civil e seus Pressupostos; 2. A Responsabilidade Civil do Estado; 3. A Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito; 4. À Guisa de Síntese; 5. Referências Bibliográficas.

1. A Responsabilidade Civil e seus Pressupostos

A responsabilidade civil é um dos institutos mais dinâmicos do Direito Civil brasileiro, haja vista que, à medida da evolução das concepções sociais, formam-se novas correntes doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais. Por ora, a teoria da responsabilidade *subjetiva* é a que impera no ordenamento jurídico, sendo imprescindível, para essa vertente, a análise do elemento volitivo para a configuração do dever de indenizar.

Nesta linha, a da teoria da responsabilidade civil subjetiva, exige-se a presença dos requisitos (i) ato ilícito; (ii) nexo de causalidade; (iii) dano; e (iv) culpa. Em pormenores, a sistemática da caracterização de tal modalidade de responsabilidade é a ocorrência de um ato ilícito negligente, imprudente ou imperito - características do elemento culpa - que viola direito de terceiro, seja de natureza patrimonial ou moral, ocasionando-lhe um dano que exige reparação. Trata-se de definição muito bem descrita no artigo 186¹ combinado com o artigo 927, *caput*², do Código Civil.

Percebe-se, então, a função reparadora da responsabilidade civil, em que se pretende ressarcir integralmente os prejuízos suportados ou, em casos de abalo na esfera moral do indivíduo, perscrutar a maior aproximação possível do *status quo ante*. Sinteticamente, nas palavras do civilista das Arcadas,

¹ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

² Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

VENOSA, “[o]s princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado”³.

Contudo, o modo subjetivo, ainda que seja a regra geral do ordenamento jurídico, não é a única espécie de responsabilidade civil. Há a previsão da responsabilidade civil *objetiva* no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil⁴, tal qual dispensa a análise do elemento volitivo na prática da conduta ilícita, bastando a comprovação de dano e de nexo de causalidade. A sua existência se fundamenta na intenção de resguardar relações entre díspares em termos de vulnerabilidade e hipossuficiência. Inobstante, como já aludido, trata-se de excepcionalidade, haja vista que reduz o direito constitucional à ampla defesa do causador do dano. Assim, é certo que só “[h]averá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g. CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco ao direito de outrem”⁵.

E é nessa modalidade, a objetiva, que se enquadra a *responsabilidade do Estado* que, por ostentar prerrogativas que lhe conferem caráter de supremacia, prescinde de culpa para o ensejo da reparação de danos causados a particulares oriundos de prática de condutas ilícitas pelos seus agentes. Não suficiente, ainda em razão da “[...] natureza instrumental do aparato estatal”⁶, o Estado também pode ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos por particulares em decorrência de condutas lícitas – circunstância que evidencia exceção da exceção. E é diante dessa peculiaridade que se debruça o presente trabalho.

2. A Responsabilidade Civil do Estado

Atualmente, como já adiantado, a responsabilidade civil do Estado⁷, atualmente, possui natureza objetiva, tal qual dispensa a análise do elemento volitivo para a sua configuração. Trata-se de disposição constitucional, conforme narrativa do artigo 37, § 6º⁸, reiterada pelo Código Civil de 2002,

³ Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 1.

⁴ “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁵ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, **Código civil comentado**, p. 1190.

⁶ Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1382.

⁷ “Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, p. 815.

“A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.

Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1730.

⁸ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

em seu artigo. 43⁹. Consagrou-se, assim, a *Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado*¹⁰, conforme razões muito bem expostas pelo civilista STOCO:

“É que os administrados não têm como se evadir ou conjurar os perigos de danos por ação do Estado, ao contrário do que ocorre nas relações privadas, na medida em que é ele quem dita os termos de sua presença no seio da comunidade, estabelecendo os termos e condições de seu relacionamento com os membros do corpo social. E essa intervenção do Estado vem se acentuando cada vez mais, exigindo que se permita à sociedade obter garantias mínimas de convivência com essa realidade”¹¹.

No entanto, muito embora o tema seja objeto de dispositivo constitucional e infraconstitucional, engana-se quem pensa que prescinde de controvérsias. A sua aplicabilidade e eficácia nos casos concretos ainda são muito discutidas doutrinariamente, haja vista que atribuir ao Estado a responsabilidade pelos atos praticados pelos seus agentes é entendimento ainda muito recente – tanto no Brasil, quanto em outros países. Há, inclusive, inúmeras teorias e classificações que expõem posicionamentos diversos.

E, para fins didáticos, adota-se aqui a classificação da jurista DI PIETRO¹², construída a partir de uma perspectiva de evolução histórica: (i) teoria da irresponsabilidade; (ii) teorias civilistas, que se subdividem em (ii.i) teoria de atos de império e gestão e (ii.ii) responsabilidade civil subjetiva e, por fim, (iii) as teorias publicistas, que se fragmentam em (iii.i) teoria da culpa administrativa (ou culpa do serviço público) e (iii.ii) teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco integral ou administrativo).

Apenas a título de zelo, irá tecer-se algumas considerações acerca dos principais aspectos das mencionadas teorias, haja vista que a análise do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil estatal, ainda que modesta, auxilia a compreensão do porquê e dos consequentes efeitos do modelo adotado no direito brasileiro. Vamos a elas então!

O primeiro entendimento quanto à responsabilidade do Estado era justamente a sua ausência. De grande receptividade nos países em que se consolidou regimes monárquicos-absolutistas, a *Teoria da Irresponsabilidade* tinha como escopo elementar o princípio “*the king can do not wrong*”, em que, rigorosamente, o Rei, como ser supremo, não podia errar. Sob a égide de tal teoria, o Estado, mesmo como agente violador de direito alheio, jamais seria responsabilizado, pois gozava de “[...] prerrogativa de ampla irrestrita imunidade”¹³.

⁹ As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

¹⁰ “Na atualidade predomina a responsabilidade objetiva, que se caracteriza fundamentalmente pela dispensa de culpa na caracterização da obrigatoriedade de o Estado ressarcir a vítima de danos. A esta caberia apenas, além da prova dos prejuízos sofridos, a demonstração do nexo de causalidade”. Paulo Nader, **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**, p. 322-323.

¹¹ Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 1336.

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, p. 816.

¹³ Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 203.

A transição para um efetivo Estado Liberal de Direito implicou intensas mudanças em seus âmbitos político, econômico e, também, por óbvio, jurídico. Já nesse cenário, a teoria da irresponsabilidade se tornou obsoleta, na medida em que se passou a exigir, ainda que timidamente, uma responsabilização do Estado, o que ensejou a conjectura das *Teorias Civilistas*.

Inicialmente predominou a *Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão*, em que o elemento culpa só era avaliado se a conduta praticada pelo funcionário público fosse considerada – e comprovada – como mero ato de gestão (*iure gestionis*), ou seja, praticada em similitude como particular. Em contrapartida, se a conduta fosse qualificada como ato de império (*iure imperii*), não havia de se falar em responsabilidade do Estado, haja vista que praticada sob a égide da soberania. Por óbvio, tal distinção não surtiu qualquer efeito prático, de modo que o Estado permanecia isento de qualquer responsabilidade. Ou, nas palavras MONTEIRO, já que, “[...] realizando um ou outro, o Estado é sempre Estado”¹⁴.

A ineficácia prática desse modelo concedeu espaço à ascensão da *Teoria da Responsabilidade Subjetiva*, em que, finalmente, o elemento culpa ganhou principal relevância, ainda no Código Civil de 1916¹⁵. O ordenamento brasileiro, especificamente, inovou ao promover a responsabilização da pessoa jurídica de direito público pelos atos praticados pelos seus representantes, ressalvado o direito de regresso da entidade estatal. Contudo, essa teoria não vingou, posto que se mostrou igualmente ineficaz quanto ao âmbito da justiça. Afinal, “[...] impunha aos cidadãos lesados um encargo muito penoso, consubstanciado na obrigação de comprovar o dano e o comportamento culposo do agente estatal”¹⁶.

De mais a mais, ainda seguindo uma evolução histórico-política, progrediu-se para um Estado Democrático de Direito, período em que se consolidaram as *Teorias Publicistas*, nas quais o risco assumido se tornou o definidor da responsabilização do Estado. Assim, deu-se nas teorias da *Culpa Administrativa* (ou culpa do serviço público) e da *Responsabilidade Objetiva*. Essa última, da responsabilidade objetiva, subdivide-se em *Teoria do Risco Integral* e *Teoria do Risco Administrativo*, brilhantemente diferenciadas pelo jurista BACELLAR FILHO:

“[...] a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver a teoria do risco, que acolhe duas espécies: risco integral e risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito)”¹⁷.

¹⁴ Washington de Barros Monteiro, **Curso de direito civil: parte geral**, p. 105.

¹⁵ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

¹⁶ Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 208.

¹⁷ Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 217.

Porém, cabe a ressalva que a teoria do risco integral raramente encontra aplicabilidade na prática¹⁸, haja vista que não prevê quaisquer excludentes de responsabilidade. Em razão dessa natureza extremista da teoria do risco integral, a teoria que prevalece, hodiernamente, é do risco administrativo (ou mitigado) que admite situações atenuantes ou até mesmo excludentes da responsabilidade estatal, tais como culpa da vítima ou caso fortuito e/ou força maior.

Ao passo dessa linha histórica didaticamente construída, sabe-se que vigora no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da responsabilidade civil subjetiva, sendo regra, e, no que tange ao Estado, a sua responsabilidade é objetiva. Entretanto, apenas a título elucidativo, cumpre trazer ao leitor qual será o previsível próximo passo no campo da responsabilidade civil e que quiçá poderá se estender à responsabilidade do Estado. Como já exposto no início do presente artigo, o instituto da responsabilidade civil é dinâmico, de modo que, atualmente, caminha para uma nova vertente, denominada pela doutrina como *Teoria da Responsabilidade Pressuposta*. A despeito de ainda se tratar de discussão embrionária, essa nova modalidade centraliza o dano como fator determinante para a configuração do dever de indenizar ao elevar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ao primado do ordenamento jurídico:

“É preciso visualizar novos horizontes para a responsabilidade civil, muito além da discussão de culpa (responsabilidade subjetiva) ou da existência de riscos (responsabilidade objetiva). Nesse contexto, deve-se pensar, antes de qualquer coisa e em primeiro lugar, em indenizar as vítimas, para depois verificar, em um segundo plano, quem foi o culpado ou quem assumiu os riscos de sua atividade”¹⁹.

Pois bem. Diante de todo o apanhado histórico, é possível, agora, adentrar na modalidade escolhida pelo ordenamento jurídico. Como já dito, a regra é a responsabilidade civil subjetiva, contudo, quando se trata de Estado, a responsabilidade é objetiva, que se justifica a partir das diretrizes orientadoras da Carta Magna de 1988, em que se resguarda o direito à igualdade entre os indivíduos e entes – o que não significa necessariamente o mesmo grau de similitude, em virtude da soberania de um perante os outros – e se prioriza os interesses coletivos e sociais.

A responsabilidade objetiva, portanto, ignora a análise do elemento volitivo para a sua caracterização “[...] em virtude da amplitude de sua atuação diante dos cidadãos, tendo em vista a constatação de que prestação de serviços públicos cria riscos de eventuais prejuízos”²⁰, de modo que a ocorrência do dano em razão de conduta – lícita ou ilícita – que afetou direito alheio e, portanto, evidenciado o nexo causal, são suficientes para nascer o direito à indenização, conforme expõe CAHALI²¹.

¹⁸ “[...] pode-se identificar a adoção da teoria do risco integral na responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da CF, - alínea renumerada pela EC 49/2006) e por danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público (Lei 10.774, de 09.10.2003) Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p 1336.

¹⁹ Flávio Tartuce, **Direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 486.

²⁰ Flávio Tartuce, **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 296.

²¹ “Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da

Mas isso ainda não é tudo. Para que surja, efetivamente, o dever de indenizar do Estado, é necessário que a conduta responsável por lesão de direito alheio seja oriunda de exercício de atividade administrativa, ou seja, “[...] não responde [...] o Estado [...] por dano causado por alguém que [...] por ocasião do dano, não estava no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público”²², seja em qualquer nível de atuação: Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo.

E, como não bastasse todas as peculiaridades que permeiam o instituto da responsabilidade civil do Estado, a doutrina entende que poderá, também, o Estado ser obrigado a indenizar o indivíduo que possa a ter sofrido prejuízos em razão de eventual conduta do agente público, mesmo que essa seja revestida de licitude.

E esse posicionamento decorre do princípio da primazia do interesse público sobre o interesse privado, posto que o Estado, ao ostentar posição de proeminência, pode atuar, de forma lícita, conforme suas necessidades e ocasionar, ainda que inevitavelmente, lesão à direito alheio. Entretanto, o particular não pode ficar desprovido de assistência. Portanto, mesmo que o intuito seja legítimo e a conduta não seja derivada de ato manifestamente contrário a lei, permanece, em alguns casos, o dever de indenizar, pois, afinal, “[a] busca do bem-estar geral não pode negligenciar a proteção aos interesses individuais, juridicamente assegurados”²³.

3. A Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito

Superado esse breve introito, cabe, agora, abordar especificamente a responsabilidade civil do Estado em decorrência da prática de ato lícito por agente público no exercício de suas prerrogativas. O que, como narrado brevemente, pode implicar o dever de reparação de danos sofridos por terceiros. Trata-se de instituto muito bem conceituado por JUSTEN FILHO:

“A responsabilidade estatal por ato lícito ocorre quando é imposta ao Estado a obrigação de indenizar efeitos danosos consumados sem que o Estado tenha atuado de modo a infringir a ordem jurídica”²⁴.

A doutrina é esclarecedora ao discorrer sobre esse tema, haja vista que atribui à responsabilidade do Estado caráter peculiar em razão da sua supremacia em face do cidadão, posto que “[...] dispõe de poderes para sacrificar os direitos patrimoniais privados, total ou parcialmente, quando isso se tornar necessário à realização dos interesses públicos e sociais, tal como definidos em lei”²⁵. Em contrapartida a essa prevalência do Estado, há a possibilidade de incidência do dever de indenizar o particular em razão de conduta praticada pelo agente público, mesmo que, não efetivamente, revestida de ilicitude, mas sim considerada, segundo entendimento doutrinário, antijurídica:

determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular”.

Yussef Cahali, **Responsabilidade civil do estado**, p. 44-45.

²² Diógenes Gasparini, **Direito administrativo**, p. 1142.

²³ Elcio Trujillo, **Responsabilidade do estado por ato lícito**, p. 77.

²⁴ Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1398.

²⁵ Carlos Ari Sundfeld, **Direito administrativo ordenador**, p. 73.

“A par dos pressupostos da responsabilidade civil já revisitados é preciso ainda, para que se evidencie o dever de indenizar, que o ato-fato causador do dano seja antijurídico. Mais do que um ato ou acontecimento ilícito, o ao antijurídico refere-se ao ato que ofende direitos alheios, independentemente de ser ato culposos ou não, lícito ou ilícito”²⁶.

Nesse aspecto, antes de prosseguir rumo ao cerne da discussão proposta, cabe trazer, sucintamente, a distinção entre o dano ilícito e o dano antijurídico. É cediço que a ilicitude é característica de tudo aquilo que é contrário aos dispositivos legais. Em contrapartida, o dano antijurídico:

“[...] é todo e qualquer dano que motiva uma injusta redução do patrimônio do administrado e que pode resultar tanto de uma atividade ilícita ou lícita desde que em decorrência de anormalidade e especialidade”²⁷.

E essa responsabilização, ainda que não surja a partir de uma prática desarmoniosa à lei, encontra fundamento no basilar princípio constitucional da isonomia, pois tem como amplo escopo a busca da paridade entre os interesses dos cidadãos, na medida de suas individualidades, e os encargos públicos, que devem ser fundamentados no benefício da coletividade. Afinal, é “[...] justo que sejam indenizados a fim de que se opere o equilíbrio entre todos os membros da sociedade”²⁸.

No entanto, cabe a ressalva de que não são todos os prejuízos suportados pelo particular oriundos de condutas regulares dos agentes públicos que ensejam a responsabilidade do Estado, mas tão somente aqueles que geram danos significativos e ultrapassam os meros dissabores cotidianos. Assim,

“A especialidade e a anormalidade decorrentes do ato impositivo de sacrifício servindo como pressuposto do próprio ato lícito dano vem, também, fixar o limite do dano ressarcível ou seja, haverá a indenização apenas quando demonstrados esses dois fatores, não bastando a simples gravidade do prejuízo apontado. Isto porque os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal”²⁹.

Essa restrição faz-se necessária, haja vista que a responsabilidade do Estado por ato lícito não deve ser um mecanismo favorecedor de enriquecimento sem causa do particular, tampouco de obstaculização das finanças estatais. A sua aplicação no caso concreto deve estar diretamente atrelada à demonstração dos efetivos e severos prejuízos suportados. É o que, já há muito tempo, tem-se dito na doutrina, conforme ensina CANOTILHO:

²⁶ Danielle Annoni, **A teoria do abuso de direito e os novos direitos: uma releitura dos pressupostos da responsabilidade civil**. In: Inácio de Carvalho Neto (coord.). *Novos direitos após seis anos de vigência do código civil*, p. 72.

²⁷ Elcio Trujillo, **Responsabilidade do estado por ato lícito**, p. 122.

²⁸ Elcio Trujillo, **Responsabilidade do estado por ato lícito**, p. 106.

²⁹ Elcio Trujillo, **Responsabilidade do estado por ato lícito**, p. 103.

“[...] se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento da indenização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estadual”³⁰.

A responsabilidade do Estado por ato lícito, portanto, deve ser aplicada com cautela nos casos concretos e jamais deve ser interpretada como se fosse uma sanção à atividade estatal. Deve, sim, ser atribuída em caráter meramente reintegrador, na medida que pretende conceder ao lesado o retorno ao *status quo ante*. A sua função, portanto, sintetiza-se na busca por uma reparação do dano especial e anormal sofrido pelo particular, através de pecúnia³¹.

4. À Guisa de Síntese

Que o Estado, a partir da conduta de seus agentes públicos, possa causar danos a terceiros dispensa maiores delongas. Entretanto, que a natureza de tais condutas possam ser ilícitas, mas também lícitas e, independente de seu caráter, possam ensejar o dever de reparação de decorrentes danos ainda é objeto de grande celeuma doutrinária.

A fim de solucioná-la, a doutrina vem percorrendo longo caminho até se chegar no posicionamento atual do direito brasileiro, tal qual resguarda a possibilidade de responsabilização civil do Estado, independente se a conduta praticada pelo agente público seja provida ou desprovida de licitude, desde que seja praticada no exercício de sua função. Essa modalidade, no entanto, é paradoxal, haja vista que os requisitos fundamentais da responsabilidade é a ocorrência de ato *ilícito*, nexos de causalidade e consequente dano.

Essa curiosa forma de indenização surge diante da supremacia do Estado, tal qual possui o poder de lesar direito alheio - desde que seja em benefício de um bem-estar social maior - em confronto com a hipossuficiência do cidadão, que não pode inibir a atuação estatal, mas, no entanto, se teve seu direito tolhido, também não pode - e não deve - ficar à mercê de indenização.

Inobstante, há a contrapartida que o Estado também não pode ser incumbido a arcar com os custos que culminem no regalo de todos. Como parâmetro, portanto, a doutrina sugere a análise minuciosa do dano suportado: se este foi sofrido por um para o benefício de todos e ostenta características de anormalidade e especialidade, não há outro caminho se não, repará-lo.

5. Bibliografia

³⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, **O problema da responsabilização do estado por atos lícitos**, p. 272.

³¹ “O que importa na responsabilidade civil é a fixação de um *quantum* para reequilibrar o patrimônio atingido. Não se trata, portanto, de uma punição”.
Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil: parte geral**, p. 576.

ANNONI, Danielle. **A teoria do abuso de direito e os novos direitos: uma releitura dos pressupostos da responsabilidade civil**. In: CARVALHO NETO, Inacio de. (coord). **Novos direitos após seis anos de vigência do código civil de 2002**. Curitiba: Juruá, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: RT, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: volume 7, responsabilidade civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11.ed. São Paulo: RT, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10.ed. São Paulo: RT, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: LED – Editora de Direito LTDA, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PARECER: EFEITOS TRIBUTÁRIOS DE ARREMATACÕES DE BENS IMÓVEIS¹

Carlos Renato Cunha

Procurador do Município de Londrina, exercente da função de Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Doutorando e Mestre em Direito do Estado 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.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADQUIRENTE DO IMÓVEL. EXCEÇÃO NO CASO DE ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 130 DO CTN. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE, MARCO TEMPORAL, EFEITOS E SITUAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI.

I. RELATÓRIO

Trata-se de consulta realizada Gerência de Cobrança e Controle de Arrematação por meio da Solicitação de Consulta Jurídica 1274, em que foram incluídos cinco quesitos:

I - Quais documentos indispensáveis a desvinculação de débitos: Carta, Auto de Arrematação, Certidões judiciais equivalentes?

II - A data a ser utilizada como marco para desvinculação dos débitos?

III - O protocolo do auto/carta de arrematação tem o condão de possibilitar a transferência do imóvel nos cadastros desta Secretaria Municipal de Fazenda ou há a necessidade posterior de juntada de cópia do registro do imóvel com a consequente abertura de novo processo administrativo endereçado ao setor de cadastro imobiliário?

IV - protocolo de certidões judiciais informando a data do leilão e arrematação seriam suficientes para saneamento de erros constantes na carta/auto de arrematação ou seria necessária a reemissão destes documentos pela autoridade judicial competente?

V - Há a necessidade de pagamento prévio do ITBI para que se realize o processo de desvinculação de débitos?

Não há documentos ou informações fáticas.

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 925/2018, exarado em 28/09/2018.

[...]

Até aqui temos o relatório. Doravante passamos ao parecer.

2. PARECER

Trataremos do tema de forma sucinta, e sob a ressalva de que um maior aprofundamento exigiria a análise de cada caso concreto. Tratando-se de um pedido de parecer com casos abstratos e sem informações mais detalhadas, podem existir peculiaridades que levariam a conclusões diversas. Por tal razão, sugerimos o envio de futuras consultas mais específicas sobre decorrências dos temas aqui tratados, caso se entenda necessário, ficando consignado que não conseguiremos esgotar todos os aspectos envolvidos na matéria. De se notar que parte dos questionamentos realizados já foram analisados por este serviço jurídico no bojo do Parecer Jurídico n. 816/2016-PGM, de lavra do Procurador do Município Fábio César Teixeira, com diversas conclusões que reiteraremos aqui.

Ademais, cabe uma ressalva: como já se viu em numerosos pareceres já elaborados sobre a matéria, as dificuldades se encontram mais na análise dos casos concretos, inclusive se a natureza jurídica real do que ocorreu se amolda, efetivamente, a uma arrematação, ainda que referido nome conste do documento expedido pela Justiça. Vale dizer, o presente parecer não excluirá as dificuldades mais relevantes sobre o tema. Muitas vezes, principalmente no âmbito da Justiça do Trabalho, tem-se um "auto de arrematação" como nome formal, mas que não corresponde a tal instituto, eis que não houve depósito de valor por terceiro arrematante, mas uma verdadeira adjudicação por parte do credor da ação. Aconselhamos à consulente, portanto, atenção aos detalhes fáticos e a continuidade da realização de consultas jurídicas quando considerar necessário. A título exemplificativo, sugerimos a consulta aos seguintes pareceres, em rol não exaustivo, como exemplificativos das dificuldades da matéria, além do já mencionado Parecer Jurídico 816/2016: Parecer Jurídico 1249; Parecer Jurídico 340; Parecer Jurídico 815; Parecer Jurídico 1249 e Parecer Jurídico 663.

Outro aspecto de suma relevância: juridicamente não há que se falar de "desvinculação" de débitos. Isso é a forma como a autoridade fazendária traduz a realidade jurídica para o sistema informatizado de banco de dados tributário, que é, sem dúvidas, extremamente limitado e deveria ser aperfeiçoado. É uma adaptação para a linguagem do sistema. Juridicamente, tem-se o seguinte, como seguidamente ao longo dos anos temos enfatizado:

1. quem deve o tributo é uma pessoa, não o imóvel. O imóvel apenas garante o débito no caso de alguns tributos. Pode haver, inclusive, "n" sujeitos passivos devedores do mesmo crédito, em solidariedade, ou a sucessão entre eles em alguns casos de responsabilidade tributária. Juridicamente não há, portanto, "vinculação" de débitos a imóvel, muito menos "desvinculação";

2. no caso da arrematação que se adeque à previsão do Parágrafo Único do art. 130 do Código Tributário Nacional - CTN, o que há é a não aplicação da responsabilidade tributária por sucessão em relação ao adquirente do imóvel, continuando como sujeito passivo o proprietário que teve o bem expropriado.

Desse modo, reformularemos os quesitos atentando para esse correto contexto jurídico.

Pois bem. O art. 130, parágrafo único, do CTN, determina:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

De igual teor, o art. 25, parágrafo único, do CTM, o qual foi regulamentado pelo art. 3º Decreto Municipal 617/2010, deixando claro que no caso de arrematação judicial do imóvel, o arrematante não é responsável pelos débitos tributários anteriores à arrematação.

Assim, os débitos tributários que "perseguem" o imóvel (natureza *propter rem*), como se diz normalmente (e que significa, tão-somente, que não serão de responsabilidade do adquirente), anteriores à arrematação não podem ser exigidos pela Fazenda Municipal do arrematante, mas sub-rogar-se-ão no preço (lance) ofertado pelo arrematante.

A lógica de tal dispositivo é a de que, ao mesmo tempo que incentiva a arrematação de imóveis (pela garantia jurídica dada ao arrematante), não prejudica a Fazenda Pública credora, cuja garantia de pagamento será apenas substituída, alterando-se do imóvel arrematado para o dinheiro utilizado para sua arrematação.

A norma jurídica deixa claro que a sub-rogação se dá com relação aos "créditos tributários", ou seja, às obrigações tributárias já lançadas e vencidas, inerentes à propriedade ou domínio útil do bem, ou relativos a taxas pela prestação de serviços a ele referentes, ou ainda a contribuições de melhoria.

Portanto, na data da arrematação, todos os créditos tributários existentes (IPTU e/ou taxas) devem ser sub-rogados no preço ofertado (lance), independentemente da forma escolhida, pelo proprietário anterior, para a sua quitação.

Assim, nascido o crédito tributário, por seu lançamento definitivo, o e respectivo inadimplemento antes da realização da hasta pública onde se deu a arrematação, não há como não se inseri-lo no preço da arrematação que se encontra depositada nos autos judiciais, a teor do que dispõe o art. 130, parágrafo único, do CTN, e, em simetria, o art. 25, parágrafo único, do CTM.

Idealmente, no momento da arrematação tem-se o "auto de arrematação" (art. 901 do Código de Processo Civil - CPC), ato com que *"a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma"* (art. 903, CPC), podendo, contudo, ser ela invalidada, considerada eficaz ou resolvida, na forma do § 1º do mesmo dispositivo legal, além da possível desistência do arrematante nos casos do § 5º. Seja como for, com o "auto", considera-se ocorrida a transmissão imobiliária, ou, no mínimo, há presunção de sua ocorrência até o registro imobiliário; referida transmissão é resolúvel em determinadas hipóteses legais.

Após o prazo de 10 (dez) dias do aperfeiçoamento da arrematação, se não houverem os casos a que alude o art. 903, § 1º do CPC, será expedida a "carta de arrematação", na forma do § 4º do mesmo dispositivo, ato que exige o prévio recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI (art. 901, § 2º, CPC). Mesmo após a lavratura da carta de arrematação, o ato pode vir a ser anulado em ação autônoma (art. 903, § 4º, CPC).

Partindo-se dessa premissa, o arrematante não é contribuinte ou responsável tributário por quaisquer dívidas anteriores à arrematação – ou seja, até a assinatura do Auto de Arrematação pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário ou leiloeiro –, de modo que não pode vir a sofrer qualquer forma de cobrança, pela Fazenda Municipal, referentemente a esses créditos tributários, seja judicial (execução fiscal), seja extrajudicial (protesto, inscrição em cadastros restritivos, etc.).

Todavia, a situação altera-se com relação aos créditos tributários nascidos após a arrematação, mesmo antes de seu registro imobiliário respectivo pelo arrematante ou outro interessado.

Isso porque, após devidamente lavrado e assinado o Auto de Arrematação, não há como negar-se que o arrematante encontrar-se-á em posição equiparada a contribuinte do IPTU, porque, não obstante ainda não possa ser considerado proprietário do imóvel arrematado (conforme art. 1.245 do CC/2002: *"Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser*

havido como dono do imóvel”), sem qualquer dúvida qualifica-se como seu possuidor com animus domini, equiparando-se, portanto, à contribuinte do IPTU, como especifica o art. 32 do CTN:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Entre o proprietário (aquele que assim figura no Registro de Imóveis respectivo) e o arrematante (possuidor com *animus domini*), portanto, configura-se a solidariedade para com o pagamento dos tributos gerados pelo imóvel arrematado, durante o período em que compreender a emissão da Carta de Arrematação (ou outro marco que determine, inequivocamente, a posse qualificada do arrematante) e seu respectivo registro imobiliário. Realizado esse último, o proprietário anterior não mais guardará qualquer relação jurídica com o imóvel, e os créditos tributários posteriores somente poderão ser exigidos do arrematante (agora, proprietário).

Nesse exato sentido, a doutrina do ilustre Hugo de Brito Machado e a jurisprudência mais abalizada:

“Falando a Constituição em “propriedade”, naturalmente abrangeu a posse, que nada mais é que um direito inerente à propriedade. A autorização constitucional é para tributar a propriedade, e o CTN faculta a lei ordinária tomar para o fato gerador do tributo a propriedade, o domínio útil ou a posse, vale dizer, o direito pleno, total, que a propriedade, ou um de seus elementos, o domínio útil, ou ainda a posse. Se a propriedade, com todos os seus elementos, está reunida em poder de uma pessoa, o tributo recai sobre ela. Se a propriedade está fracionada, e em razão disto ninguém é titular da propriedade plena, porque há enfiteuse, pode a lei definir como fato gerador do tributo o domínio útil. E se o imóvel não consta do registro no cartório competente, não se podendo, portanto, cogitar de proprietário, pode a lei definir como fato gerador do imposto a posse”. (in Curso de Direito Tributário. 32^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 349-350)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARREMATAÇÃO EM HASTA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IPTU DOS EXERCÍCIOS FUTUROS. POSSE POSTERIOR. Tratando-se, pois, de modo originário de aquisição da propriedade, assim como os débitos pretéritos sub-rogam-se no preço (art. 130, parágrafo único, do CTN), OS FUTUROS PASSAM A SER, IMEDIATAMENTE, DE RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE, INDEPENDENTEMENTE DE QUAL TENHA SIDO O MOMENTO DA IMISSÃO NA POSSE DO IMÓVEL. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70056045628, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 30/10/2013) – grifo nosso. (TJ-RS - AI:

70056045628 RS , Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Data de Julgamento: 30/10/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2013)

Tem-se, assim que:

(A.) com relação aos créditos tributários constituídos antes da assinatura do Auto de Arrematação (ou outro marco que determine, inequivocamente, a posse qualificada do arrematante), o arrematante não possui qualquer responsabilidade tributária, devendo a Fazenda Pública sub-rogar-se no preço do lance ofertado, sendo neste caso indevida qualquer forma de cobrança (judicial ou extrajudicial) em desfavor do arrematante;

(B.) com relação aos créditos tributários constituídos no interregno entre a assinatura do Auto de Arrematação (ou outro marco que determine, inequivocamente, a posse qualificada do arrematante) e o registro imobiliário da Carta de Arrematação pelo interessado, há responsabilidade passiva tributária tanto do proprietário que assim constar no respectivo CRI quanto do arrematante, respondendo ambos solidariamente pelo débito;

(C.) por fim, quanto aos créditos tributários constituídos após o registro imobiliário da Carta de Arrematação, cessada estará a responsabilidade tributária do anterior proprietário, de modo que somente o arrematante (doravante, proprietário) é que por eles responderá.

Sintetizemos tal ordem de ideias numa tabela, para melhor compreensão:

	<i>Auto de Arrematação</i>	<i>Carta de Arrematação</i>	<i>Registro no Cartório de Registro de Imóveis</i>	<i>Anulação/D esfazimento da arrematação</i>
<i>Situação da anulabilidade</i>	Arrematação pode ser desfeita por pedido realizado no prazo de 10 (dez) dias nos casos do art. 903, § 1º, CPC ou em ação autônoma; pode haver a desistência da arrematação no caso do art. 903, § 5º, CPC	Arrematação pode ser desfeita por decisão judicial em ação autônoma; pode haver a desistência da arrematação no caso do art. 903, § 5º, CPC	Idem caso anterior	n/d
<i>Efeitos em relação ao ITBI</i>	A emissão do auto permite a cobrança	O recolhimento do ITBI é	O recolhimento	Poderá gerar o direito à

	do ITBI se houver requerimento do interessado.	condição para expedição da "carta"	do ITBI é condição para o registro, sob pena de responsabilização tributária do oficial de registro	repetição do indébito (tema a ser aprofundado no caso da desistência), observado o prazo prescricional
<i>Efeitos em relação à responsabilidade do adquirente (arrematante)</i>	1. Tratando-se de ato que se adequa ao Parágrafo Único do art. 130, do CTN, ele não é responsável pelos créditos tributários anteriores à arrematação; 2. Ele será contribuinte em relação aos fatos geradores futuros pela posse com <i>animus domini</i>.	Idem caso anterior	1. Tratando-se de ato que se adequa ao Parágrafo Único do art. 130, do CTN, ele não é responsável pelos créditos tributários anteriores à arrematação; 2. Ele será contribuinte em relação aos fatos geradores entre o auto e o registro pela posse com <i>animus domini</i>; 3. Ele será contribuinte em relação aos fatos geradores futuros como proprietário.	Ele continua como sujeito passivo em relação aos créditos tributários de fatos geradores entre o auto e a anulação/desfazimento, seja por ter sido proprietário seja pela posse com <i>animus domini</i> .
<i>Efeitos em relação ao proprietário expropriado</i>	1. Ele continua como sujeito passivo nos créditos tributários anteriores à arrematação por ter sido o proprietário à época dos fatos geradores; 2. Ele continua como sujeito passivo em	Idem caso anterior	1. Ele continua como sujeito passivo nos créditos tributários anteriores à arrematação por ter sido o proprietário à época dos fatos geradores;	1. Ele continua como sujeito passivo em relação aos créditos tributários de fatos geradores entre o auto e o registro por ter sido o

	relação aos créditos tributários de fatos geradores entre o auto e o registro imobiliário por permanecer formalmente como proprietário no Registro Imobiliário.		2. Ele continua como sujeito passivo em relação aos créditos tributários de fatos geradores entre o auto e o registro imobiliário por permanecer formalmente como proprietário no Registro Imobiliário; 3. Ele não é sujeito passivo nem possui responsabilidade tributária em relação aos fatos geradores futuros.	proprietário; 2. Ele passará a ser responsável tributário pela nova sucessão imobiliária em relação aos créditos tributários cujo contribuinte seja o arrematante referentes ao período após o registro imobiliário; 3. Ele continua como sujeito passivo nos créditos tributários anteriores à arrematação por ter sido o proprietário à época dos fatos geradores.
<i>Resumo da sujeição passiva e responsabilidade tributária tributária</i>	<i>Créditos de fato gerador até o auto: proprietário é contribuinte (único sujeito passivo)</i>	<i>Créditos de fato gerador entre o auto e a carta: proprietário e arrematante são contribuintes (em solidariedade tributária)</i>	1. <i>Créditos de fato gerador entre a carta e o registro: idem anterior</i> 2. <i>Créditos de fato gerador após o registro: o novo proprietário (arrematante) é contribuinte (único sujeito</i>	1. <i>Créditos de fato gerador até o auto: o expropriado é contribuinte (único sujeito passivo);</i> 2. <i>Créditos de fato gerador entre o auto e o registro imobiliário: e</i>

			passivo)	xpropriado e arrematante são contribuintes (em solidariedade tributária); <i>3. Créditos de fato gerador após o registro.</i> o arrematante é contribuinte e o expropriado passa a ser responsável tributário por sucessão (em solidariedade tributária).
--	--	--	----------	---

Com base em tais conclusões, respondamos aos quesitos formulados, já adaptados à correta nomenclatura jurídica, e cuja aplicação e anotação no sistema informatizado compete à autoridade fazendária:

I - Quais documentos indispensáveis à aplicação da regra de exceção à responsabilidade tributária por sucessão do adquirente de imóvel em face de sua arrematação: Carta, Auto de Arrematação, Certidões judiciais equivalentes?

Por todo o exposto, basta a apresentação do auto de arrematação, após a confirmação de que se trata de efetiva arrematação, na forma do art. 130, Parágrafo Único, do CTN (com efeito preço depositado) e não de figuras análogas e pouco importando o mero nome do documento, como já alertado. Note-se que perdura a sujeição passiva conjunta e em solidariedade tributária do expropriado e do arrematante, até o registro imobiliário.

II - A data a ser utilizada como marco para o reconhecimento da exceção à responsabilidade tributária por sucessão do adquirente de imóvel em face de sua arrematação?

Pelas mesmas razões apresentadas na resposta ao quesito anterior, a data de início da sujeição passiva do arrematante e do reconhecimento de inexistência de responsabilidade em relação a créditos de fatos geradores anteriores é a do auto de arrematação.

III - O protocolo do auto/carta de arrematação tem o condão de possibilitar a transferência do imóvel nos cadastros desta Secretaria Municipal de Fazenda ou há a necessidade posterior de juntada de cópia do registro do imóvel com a consequente abertura de novo processo administrativo endereçado ao setor de cadastro imobiliário?

Pelas razões expostas acima, a efetiva transferência de titularidade do imóvel somente se dará com o registro imobiliário (a forma de protocolo e trâmite de tal pedido não nos parece tratar de dúvida jurídica). Contudo, com o auto de arrematação o arrematante passa a ser contribuinte de forma solidária com o proprietário, o que, obviamente, deve ser anotado no cadastro respectivo. Note-se também que após o registro, o expropriado continua como contribuinte em relação a determinados créditos, como exposto acima.

IV - protocolo de certidões judiciais informando a data do leilão e arrematação seriam suficientes para saneamento de erros constantes na carta/auto de arrematação ou seria necessária a reemissão destes documentos pela autoridade judicial competente?

Em tais casos se faz necessária a análise de cada fato concreto.

V - Há a necessidade de pagamento prévio do ITBI para que se anote o arrematante como contribuinte em solidariedade ao proprietário e com o reconhecimento de que não é ele responsável pelos créditos anteriores à arrematação?

Na realidade, são situações paralelas e não vinculadas. Com a apresentação do auto de arrematação, é possível as anotações cadastrais pertinentes, ainda que não haja o recolhimento do ITBI, que será essencial, contudo, para a futura expedição da carta de arrematação, de interesse do arrematante. O imposto em questão deverá ser recolhido, no máximo, até a data do registro imobiliário.

Ressalte-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua apreciação, concordância e expressa ratificação pelo Gabinete da PGM, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer.

Eis o parecer.

À Procuradoria-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria.

Londrina (PR), 28 de setembro de 2018.

CARLOS RENATO CUNHA

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários

Procurador do Município de Londrina

OAB/PR 35.367 – Mat. 14.157-7

Recebido. Na forma da Portaria 20/2014-PGM, RATIFICO o Parecer Jurídico.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: LEI DE INICIATIVA POPULAR PARA REVOGAÇÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES DO IPTU. INCONSTITUCIONALIDADE ¹

Fábio César Teixeira

Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Penal e Processual Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. PROJETO DE LEI QUE REVOGA AS LEIS 12.575/2017 E 12.647/2017, QUE INSTITUI A NOVA PLANTA GERAL DE VALORES PARA FINS DE IPTU E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ANÁLISE PRÉVIA PARA SUBSIDIAR POSICIONAMENTO DO PODER EXECUTIVO NO TRÂMITE LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: IMPACTO FINANCEIRO NÃO CALCULADO.

A Secretaria Municipal de Governo consulta esta Procuradoria a respeito do Projeto de Lei acima mencionado, de autoria popular, pelo qual se pretende a revogação das Leis 12.575/2017 e 12.647/2017, pelas quais se instituiu a nova Planta Geral de Valores para fins de IPTU e outras providências, para que o Executivo possa se posicionar acerca do trâmite do referido processo legislativo.

Passemos à orientação.

Antes de tudo, deve ser ressaltado que a análise prévia pela Gerência de Assuntos Legislativos e Normativos da Procuradoria-Geral do Município de projetos de atos normativos deve se pautar em seus critérios formais, sendo indevida a incursão deste órgão de assessoria jurídica na adoção, ou não, da medida ou da política pública encetada na proposta, próprios da atividade político-administrativa (e não jurídica), salvo nos casos de flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Outrossim, foi requerida a apreciação do projeto em regime de **urgência**, sendo que o projeto foi encaminhado para a essa Gerência com prazo ínfimo, de apenas **1 dia**, para manifestação. É preciso ressaltar, conforme tem constado nas manifestações da GALN, até para o fim de se resguardar a atuação da Procuradoria, que a análise célere pode, em algum grau, prejudicar a extensão e a profundidade do opinativo. Complementarmente, é preciso consignar que a distribuição de matérias em regime de urgência interfere, invariavelmente, nos prazos de consultas anteriormente distribuídas à consultoria jurídica. Por fim, a regra não pode ser usurpada pela exceção, de modo que a maioria das consultas sejam remetidas com o pedido de urgência.

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 949/2018, exarado em 19/09/2018.

Passando, por fim, à apreciação do projeto de lei em questão, tem-se que duas iniquidades, *a priori*, são observadas, e que devem ser perquiridas e discutidas no trâmite legislativo.

Em primeiro lugar, em que pese a inegável abertura constitucional dada à iniciativa popular para a apresentação de projetos de lei, tem-se que esta encontra limite no que concerne às matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, previstas no art. 61, § 1º, da CF e, localmente, no art. 29 da LOM.

Com efeito, a iniciativa popular de leis – forma de exercício direto da democracia pela própria população (art. 1º, parágrafo único, da CF) – insere-se nutro contexto, qual seja, da possibilidade de que a chamada *iniciativa concorrente* do processo legislativo (art. 61, *caput*, CF), também possa ser exercida diretamente pela população, conforme previsão e requisitos do § 2º do art. 61, da CF (e, localmente, do art. 9º da LOM).

Mas a chamada *iniciativa privativa* do processo legislativo – da qual o art. § 1º do art. 61 da CF é exemplo – não pode ser exercida por ninguém mais senão seu titular exclusivo, nem sequer delegada.

A doutrina especializada possui tal entendimento: “A iniciativa geral – regra de que a iniciativa reservada é a exceção – compete concorrentemente ao Presidente da República, a qualquer deputado ou senador e a qualquer das casas do Congresso. E, acréscimo da Constituição em vigor, ao povo. Observe-se que, em face das reservas de iniciativa adiante examinadas, rigorosamente falando, no Direito brasileiro ninguém possui realmente iniciativa geral. (...) Seguindo uma tendência difundida, a Lei Magna de 1988 consagra a iniciativa popular (art. 61). É esta uma iniciativa geral no sentido acima, já que não está adstrita a matérias determinadas. Pela lógica, todavia, não alcança as matérias reservadas” (FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 4 ed, São Paulo: Saraiva, p 207)

A título exemplificativo, a Constituição do Estado de São Paulo previu, expressamente, a *exclusão* da iniciativa popular para projetos de lei quando se cuide de matéria reservada (privativa), ex vi seu art. 24, § 3º, item 5:

Artigo 24. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 3º O exercício direto da soberania popular realizar-se-á da seguinte forma:

(...)

5. não serão suscetíveis de iniciativa popular matérias de iniciativa exclusiva, definidas nesta Constituição;

In casu, a nosso sentir, como a Lei 12.575/2017 cuidou da alteração de toda a base de cálculo do IPTU desta cidade, com evidentes reflexos orçamentários, não se cuida de mera lei tributária, mas, sim, de verdadeira hipótese de fixação de novas receitas orçamentárias municipais, de modo que sua iniciativa deveria ser restrita ao Chefe do Executivo, na forma determinada pela LOM:

Art. 29. Compete privativamente ao Prefeito a iniciativa de leis que disponham sobre:

(...)

IV - Matéria orçamentária.

Art. 98. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - O Plano Plurianual;

II - As Diretrizes Orçamentárias;

III - Os orçamentos anuais.

Art. 100. A Lei de Diretrizes Orçamentárias, de caráter anual, compreenderá:

I - As metas e prioridades da Administração Pública Municipal Direta, Indireta e Fundacional, incluindo as despesas de capital para o exercício subsequente;

(...)

III - As projeções das receitas e despesas para o exercício financeiro subsequente;

(...)

V - Os critérios para a distribuição dos recursos para os órgãos dos Poderes do Município;

Art. 101. A Lei Orçamentária Anual compreenderá:

I - O orçamento fiscal referente aos Poderes Municipais, seus Fundos, Órgãos e Entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

(...)

§ 1º O Projeto de Lei Orçamentária será acompanhado de demonstrativo setorizado do efeito sobre as receitas e despesas decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 2º A Lei Orçamentária Anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação de despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito ainda que por antecipação da receita, nos termos da lei.

A nosso sentir, a lei de instituição da PGV, portanto, transborda a pecha de mera “lei tributária”. Por meio dela, afetou-se todo o orçamento público, através de novos critérios para a previsão da receita pública nos exercícios vindouros à sua vigência.

E, como tal, evidentemente que tal situação impacta diretamente nas leis orçamentárias, tanto aquelas referentes ao presente exercício (LDO e LO), quanto ao Plano Plurianual anual, relativamente à expectativa de receitas tributárias a serem arrecadadas, para custear toda a despesa e investimentos públicos necessários.

Exatamente por isso, a jurisprudência do E. TJPR reconhece a iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis tributárias com reflexos orçamentários diretos, como se verifica:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI EDITADA PELA CÂMARA MUNICIPAL - DESCONTOS E PARCELAMENTOS NO PAGAMENTO DE MULTAS E TRIBUTOS - LEI TRIBUTÁRIA BENÉFICA - IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO INDIVIDUOSO - VÍCIO DE INICIATIVA - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL - VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 133 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, COM EFEITOS EX TUNC, POR MAIORIA. I - A lei de diretrizes orçamentárias, de caráter anual e de iniciativa do Poder Executivo, contém a previsão das alterações da legislação tributária para aquele exercício, logo, é inadmissível qualquer manobra de renúncia fiscal que colha de surpresa aquele que, legal e constitucionalmente, detém capacidade jurídica para administrar o município. II - A concessão de descontos e parcelamentos para débitos concernentes a tributos e respectivas multas de contribuintes em atraso, por lei de iniciativa da Câmara Municipal, implica na vulneração frontal aos artigos 7º e 133 da Carta Estadual Paranaense que veda a delegação de poderes e o exercício de um poder pelo de outro.

(TJPR, Órgão Especial, ADI 708926-5, Rel. p/ o Acórdão Des. Paulo Roberto Hapner, j. 18.02.2013)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL PREVENDO ISENÇÃO FISCAL DE ISSQN - CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL - VIOLAÇÃO AO PROCESSO LEGISLATIVO - ART. 66 INC. II E ART. 133 AMBOS DA CE/PR - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA A LEI ORGÂNICA MUNICIPAL - INICIATIVA DE LEI PRIVATIVA DO PREFEITO - MATÉRIA FINANCEIRA QUE POSSUI REPERCUSSÃO NA LEI ORÇAMENTÁRIA AO PREVER ALTERAÇÃO DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - LESÃO AO DESPROVER O MUNICÍPIO DE RENDA - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL DECLARADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE, COM EFEITO EX TUNC JULGANDO-SE PREJUDICADA A COGNIÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM VIRTUDE DE ADOÇÃO DO RITO SUMÁRIO PREVISTO NO ART. 12 DA LEI N. 9868/99. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

(TJPR, Órgão Especial, ADI 763950-9, Rel. Des. Rafael Augusto Cassetari, j. 06.08.2012)

Logo, como a matéria versada no PL em apreço seria de *iniciativa privativa* do Chefe do Poder Executivo, parece descabida, por mais louvável que seja, a tramitação de projeto de lei que não tenha sido por ele, exclusivamente, deflagrado, incorrendo-se em *inconstitucionalidade formal subjetiva*, também chamado de *vício de iniciativa*.

Nesse sentido, a jurisprudência consolidada em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI), colhendo-se, exemplificativamente, os seguintes arestos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - *Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ilustre Prefeito do Município de Sorocaba-SP em face da Lei Municipal nº 10.419, de 3 de abril de 2013 - Criação de Órgão Público Municipal - Projeto de lei de iniciativa popular - Inconstitucionalidade formal - Processo legislativo de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal - Aumento de despesa pública sem especificação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos - Dessa*

forma, havendo violação aos arts. 24, § 2º, item 2, 25 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, é de rigor a procedência da presente ação.

(TJSP, Órgão Especial, ADI 0097453-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 11.09.2013)

Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Rosana – Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 2014, que institui o Plano Diretor do Município - Inconstitucionalidade – Legislação de iniciativa popular – Impossibilidade – Matéria de cunho eminentemente administrativo – Ofensa ao princípio da separação dos poderes – Competência do Executivo Municipal usurpada – Não observado o devido processo legislativo, ausentes estudos prévios, planejamento técnico e efetiva participação da comunidade - Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei.

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2114742-82.2015.8.26.0000; Rel. Des. Ademir Benedito, j. 09/12/2015)

E, ainda, no âmbito do E. TJPR:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR. FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO DE VEREADORES. NEGATIVA A TRAMITAÇÃO. VÍCIO DE INICIATIVA CONFIGURADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO PROJETO DE LEI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Existem matérias legislativas de competência privativa de determinados entes e que não podem ser objeto de projeto de lei de iniciativa popular (art. 29, V, da CF). 2. O subsídio de Vereadores é de iniciativa privativa da Câmara Municipal e, ainda, nunca para a própria legislativa, mas para a seguinte, nos termos do inciso VI do art. 29 da Constituição Federal. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJPR, 5ª C.Cível, AC 1566511-1, Rel. Des. Nilson Mizuta, j. 18.10.2016)

De outra banda, nem a disposição do art. 9º, § 2º da LOM, replicando por simetria o disposto no art. 13, § 2º, da Lei 9.709/1998, (“O projeto de que trata este artigo não poderá ser rejeitado por vício de forma, devendo a comissão competente da Câmara providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação”), modifica tal entendimento, visto que tal norma visa apenas conferir maior concretude à iniciativa popular, desvencilhando-a de meros erros formais, tais como as impropriedades técnico-legislativas ou redacionais mencionadas, as quais, assim, devem ser corrigidos pela Câmara Municipal no trâmite do processo legislativo.

Entretanto, respeitosamente a quem entenda em eventual sentido diverso, o vício formal ali mencionado não pode significar que esteja autorizado o autor popular da proposta a sobrepujar hipóteses de inconstitucionalidades formais do projeto de lei, como o vício de iniciativa, porque como já afirmado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento da ADI 1.391-2, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “o desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado”.

O vício de iniciativa é de tal forma intenso que inquina de inconstitucionalidade a norma *ab ovo*, sem a possibilidade de sua posterior convalidação, nem que haja a eventual sanção da proposta pelo Chefe do Executivo, conforme iterativo entendimento do E. STF: “A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insustentabilidade da Súmula 5/STF”. (ADI 2.867, rel. min. Celso de Mello, j. 3-12-2003, P, DJ de 9-2-2007). Em igual sentido: ADI 2.305, rel. min. Cezar Peluso, j. 30-6-2011, P, DJE de 5-8-2011.

Assim, em nossa visão, a proposta legislativa aqui analisada encontra-se inquinada de vício de iniciativa, caracterizando-se hipótese de inconstitucionalidade formal-subjetiva que desaconselha sua aprovação.

Em **segundo lugar**, também se observa que, a princípio, operou-se caso de *inconstitucionalidade material* da proposta legislativa analisada, por colidir com o princípio constitucional disposto no art. 113 do ADCT da CF:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

A novel previsão constitucional, acrescida pela EC 95/2016, em verdade veio a erigir ao status de princípio constitucional norma legal preexistente (art. 14 da LC 101/2000), tornando, doravante, possível o questionamento acerca da inconstitucionalidade material de normas legais que assim não o prevejam.

Na mesma toada, também é questionável, em nome do *Princípio da Legalidade Administrativa* (art. 37, *caput*, CF), a norma legal que modifica a receita pública municipal sem o atendimento aos critérios eminentemente técnicos, de contabilidade pública, previstos no art. 12 da LRF:

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

§ 1º Reestimativa de receita por parte do Poder Legislativo só será admitida se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.

§ 2º O montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária.

§ 3º O Poder Executivo de cada ente colocará à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, inclusive da corrente líquida, e as respectivas memórias de cálculo.

Outrossim, dispõe expressamente o art. 14, da LRF, as condições para que a renúncia de receita tributária possa ser compreendida como inserta na Legalidade Administrativa:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

Veja-se, pois, que a renúncia de receita tributária se prende a critérios formais previstos na lei, e apenas é entendida como possível quando ocorrer ao menos das seguintes condições: (i.) demonstração que a renúncia foi considerada na Lei Orçamentária, e que não afastará o cumprimento das metas fiscais da LDO; e/ou (ii.) acompanhar-se de medidas de compensação, pelo mesmo período da estima de impacto orçamentário-financeiro.

A hipótese (i.), acima, claramente não se amolda ao presente caso, considerando que a renúncia de receita versada no PL112/2018 não se encontra prevista nas leis orçamentárias vigentes – posto que a proposta legislativa derivou de iniciativa popular, e não do próprio Poder Executivo, como seria correto, como já afirmado anteriormente neste parecer.

Restaria a hipótese (ii.), todavia não se verifica no presente expediente a previsão de nenhuma medida compensatória para tamanha renúncia de receita tributária, pela modificação da base de cálculo do IPTU de toda a cidade, pelo período legalmente instituído (exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois subsequentes).

In casu, verifica-se a proposta originária não foi acompanhada de qualquer estudo de impacto orçamentário-financeiro de seus termos, ou mesmo de previsões acerca das profundas modificações que serão dela decorrentes no orçamento municipal, sendo certo que a massiva renúncia de receita que desdobrar-se-á de seus termos não poderia ser simplesmente ignorada.

Também não foi acompanhada de qualquer previsão de medidas de compensação de tal impacto orçamentário-financeiro pela brusca renúncia de receita, descumprindo-se, assim, a

norma do art. 14, II, e § 2º, da LRF, o que, inclusive, pode vir a importar, em tese, em ato de improbidade administrativa pelo gestor, conforme art. 10, VII e X, da Lei 8.429/1992 (LIA).

Por fim, a irregularidade, novamente, não é meramente formal, e por isso sanável por força do art. 9º, § 2º, da LOM, anteriormente transcrito, mas sim da *essência* do projeto de lei, e portanto a princípio não convalidável nem mesmo por posterior apresentação de tal estudo por parte de quem quer que seja.

A norma constitucional diz a “proposição” da lei deverá ser acompanhada da estimativa do impacto orçamentário e financeiro, de modo que, ao que se entende, no ato do protocolo do projeto (ou seja, de sua proposição) tal documento já seria de apresentação obrigatória.

Pelo menos ao que se verifica da documentação constante do presente expediente, não se verifica que tenha sido acostado à proposta legislativa, quando de sua distribuição perante a Câmara Municipal, o estudo de impacto financeiro-orçamentário da renúncia de receita decorrente de seus termos, que se coloca certamente na casa de milhões de reais, haja vista o grande lapso temporal desde a última PGV (Lei 8672/2001) e o alcance objetivo da lei, de fixação dos critérios para a fixação da base de cálculo de todo o IPTU londrinense.

Ademais, em momento algum se verifica presente a previsão de quais medidas compensatórias serão tomadas para equilibrar a gigantesca renúncia de receita tributária que a proposta legislativa enseja, descumprindo-se com os dispositivos da LRF

Conclusão

Diante do exposto, considerando as informações trazidas a conhecimento e o exíguo prazo concedido para a análise pela urgência determinada, entende-se pela existência de impeditivo constitucional, formal e material, do projeto de lei ora analisado.

Demais disso, verifica-se ainda que, a nosso sentir, a proposta legislativa viola à LRF, no que concerne às regras legais específicas para a renúncia de receitas públicas e, como tal, transgridem ao Princípio da Legalidade Administrativa e sujeitam os agentes gestores, em tese, às sanções por prática de ato de improbidade administrativa.

São as considerações que se submete à apreciação superior.

Londrina, 19 de setembro de 2018.

FABIO CESAR TEIXEIRA

Procurador do Município de Londrina – Matrícula 14168-2

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos

RATIFICO. Data supra.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: APLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EC 47/2005 AOS CASOS DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR¹

Ronaldo Gusmão

Procurador do Município de Londrina, lotado na Gerência de Assuntos de Pessoal – GAP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela UEL.

EMENTA: Previdenciário - Aposentadoria especial de professor - aplicabilidade da regra de transição constante no art. 3º, EC 47/2005

1. Relatório

A CAAPSMML solicita orientação jurídica acerca da extensão da decisão judicial, constante no Doc. SEI nº [...], aos professores do Município de Londrina. O mencionado Doc. SEI consta o pedido de aposentadoria especial de professor, efetivado pela interessada supra, constando decisão final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já transitada em julgado, com a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA.DIREITO PREVIDENCIÁRIO.PRELIMINARMENTE. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.AFASTADA.ILEGITIMIDADE. SINDICATO.SUBSTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. REGISTRO DEVIDAMENTE COMPROVADO. ILEGITIMIDADE AFASTADA.PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.MAGISTÉRIO MUNICIPAL. APOSENTAÇÃO NA FORMA INTEGRAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005.DIREITO À REDUÇÃO DA IDADE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NA CARTA MAGNA.REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. ACOLHIMENTO DAS INSURGÊNCIAS.PRETENSÃO DE CORRIGIR ERRO MATERIAL DA SENTENÇA. ACOLHIDA. SENTENÇA MODIFICADA.RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO DO PARANÁ, CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO INTERPOSTO PELA PARANAPREVIDÊNCIA CONHECIDO E DESPROVIDO. NO MAIS, PERMANECE A DECISÃO TAL COMO LANÇADA, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

(APC nº 1122295-6 -j. 03/05/2016)

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 150/2018, exarado em 21/02/2018.

Ao que consta, supomos que a dúvida diz respeito à aplicabilidade, ou não, dos redutores de idade e tempo de contribuição constantes no art. 40, § 5º, da CF, em favor dos professores, utilizando-se para tanto a regra de transição, contida no art. 3º, EC 47/2005, eis que, de fato, não temos conhecimento da ocorrência de aposentadoria nessa modalidade no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social, a cargo da Consulente.

2. Nossas considerações

Desde logo, é possível concluir que a mencionada decisão outorgou uma interpretação extensiva o texto do art. 40, § 5º, da CF ("§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio"), que prescreve a redução de 5 anos de idade e tempo de contribuição em relação à regra comum, se se tratar de professor que, no período, tenha desempenhado atividades típicas de magistério. Assim concluimos, porque, como se não fosse somente a aplicação desses redutores na aposentadoria por tempo de contribuição prevista no mesmo art. 40 (§ 1º, III, a), de forma expressa, o legislador constituinte derivado, em outra regra de transição, qual seja, aquela prevista no art. 6º, EC 41/2003, de modo expreso estabeleceu a aplicabilidade da norma especial também para essa modalidade aposentatória, conforme caput, do citado art. 6º. Outrossim, desde então, é possível a aposentação de professores, com regras especiais (art. 40, § 5º, CF). Vide o texto:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

Por sua vez, a regra de transição prevista no art. 3º, EC 47/2005, objeto desta consulta, não faz a mesma remissão ao já citado art. 40, § 5º, CF, fazendo crer, ao menos no plano de uma interpretação literal, que essa modalidade de aposentadoria transitória não admite a aplicação dos respectivos redutores.

Na fundamentação do acórdão e em síntese, o TJPR entendeu que o "o privilégio consignado aos professores por meio do art. 40, parágrafo 5º da Constituição Federal não pode ser lido de forma isolada do sistema e sim como manifestação política de estímulo e incentivo à profissão por meio de discriminação positiva, realizadora da isonomia em sentido material".

Ocorre que não obstante a mencionada decisão, dentre outras citadas no acórdão no mesmo sentido, ousamos discordar dos seus termos, trilhando pelo entendimento que a regra de transição, prescrita no art. 3º, da EC 47/2005, não se aplica à carreira de magistério, ao menos quanto à pretensão de conjugar os seus termos com os respectivos redutores de tempo prescritos no aludido art. 40, § 5º, CF. Assim entendemos por variadas razões, que passamos a expor:

A primeira razão diz respeito ao fundamento, dentre outros, constante no r. acórdão para justificar a paridade de tratamento, em favor do quadro de magistério, no tocante à regra de compensação de tempo de idade por contribuição, constante no art. 3º, EC 47/2005.

Conforme citado, o acórdão entendeu que a benesse visa a um "*estímulo e incentivo à profissão por meio de discriminação positiva*". Com o devido respeito, manifestamo-nos um entendimento contrário, ou seja, a regra especial de aposentadoria de professor jamais teve a pretensão objetiva de criar um estímulo à carreira, seja porque a mesma é desgastante, ou seja, porque - segundo defendem - mormente a sua remuneração não acompanha a complexidade o mencionado desgaste do cargo; se se fosse por essa razão, certamente o texto constitucional deveria ponderar tantas outras profissões tanto ou mais estressante que o magistério (1). Não se pretende aqui fazer juízo de valor acerca da atividade; ao contrário, entendemos que o caso deve ser retirado desse grau de subjetividade para recair naquilo que objetivamente justifica a concessão da aposentadoria especial, qual seja: o serviço de magistério propriamente dito, em sua forma objetiva de realização. Nesses termos, desde logo destacamos decisão do STF, que, em boa oportunidade, assim se manifestou:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos *supra*.

A decisão foca no princípio finalístico da concessão de aposentadoria aos docentes com requisitos de tempo mais favoráveis em relação aos demais trabalhadores. Constitui nosso objetivo propor essas informações de modo a esclarecer que, ao contrário do senso comum, e assim trilhou o r. acórdão, a aposentadoria especial para o professor está direta e objetivamente relacionada à peculiaridade da atividade, que por exigir o compromisso com funções que vão além da jornada regular do cargo ou emprego, tal como os exemplos citados no acórdão do STF.

Nesse sentido, realçamos que o mencionado art. 3º, da EC 47/2005 concede a hipótese de redução de idade para aposentadoria desde que ocorra a respectiva majoração de tempo de contribuição, sendo absolutamente omissa em relação à aplicabilidade dessa modalidade aposentatória em relação à aposentadoria especial. Sobre tal ausência de previsão constitucional, equivocou-se o acórdão ao citar o acórdão do STF, no RE 908242, de modo a argumentar que as regras aposentatórias de transição são condizentes com a aposentadoria especial de professor, inclusive com a chancela da Suprema Corte. Nesses termos, também destacamos a ementa citada no acórdão do TJPR:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. REGRAS DE TRANSIÇÃO. PROFESSOR. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. PROVENTOS INTEGRAIS. REDUTOR DO ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO À REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 6º DA EC Nº 41/2003. DIREITO À PARIDADE RECONHECIDO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 15.5.2015. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

Para tanto, citamos 3 breves apontamentos:

1º - o acórdão do STF refere-se à regra de transição do art. 6º, da EC 41/2003 e não à regra em análise (art. 3º, EC 47/2005);

2º - A regra de transição citada pelo STF possui previsão expressa de aplicabilidade em favor dos professores, *in verbis*:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40, da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que

corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no [§ 5º do art. 40 da Constituição Federal](#), vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

3º - Por conta dessa previsão expressa, sabemos que o RPPS, a cargo da Consulente, de modo reiterado concede aposentadorias especiais, conjugadas com a regra de transição do citado art. 6º.

Ou seja, por razão elementar (art. 6º, da EC 41 possui previsão expressa de extensão aos professores na forma do art. 40, § 5º, CF) entendemos que o mencionado acórdão do STF, citado na decisão do TJPR, absolutamente não servem de supedâneo ou paradigma para justificar a conjugação de regras, ora requeridas.

Essa omissão no texto constitucional admite ainda duas considerações, que rechaçam a aplicação da regra da EC 47 com a aposentadoria especial, quais sejam:

A primeira remete ao fato de, ocorrendo a previsão expressa da norma especial na regra de transição da EC 41 e a citada omissão na EC 47, desde logo admite a conclusão o legislador assim caminhou por sua própria opção, de não contemplar a aposentadoria especial de professor nessa última EC. Tanto é verdade, que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 21, de 2016 (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125620>), de autoria do senador Paulo Paim, incluindo o direito ora postulado pela interessada no âmbito da EC 47. Nesses termos, destacamos a Ementa e sua Explicação:

Ementa:

Estende as normas especiais para aposentadoria dos professores previstas na Constituição Federal para as regras de transição estabelecidas pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005.

Explicação da Ementa:

Altera a regra de transição constante do art. 3º da EC 47, de 2005, para facultar ao professor que comprove tempo de efetivo exercício exclusivamente nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio a redução em cinco anos dos requisitos a que se refere o inciso I do artigo e serão considerados, para efeito de redução da idade mínima a que se refere o inciso III do mesmo artigo, os limites decorrentes do art. 40, § 5º, da Constituição Federal.

Ou seja, em todos os aspectos, qualquer intenção de supor implicitamente que a regra especial de professor está contemplada na EC 47, na verdade, caminha para a inconstitucionalidade. Não pode o Poder Judiciário constituir direitos sem respaldo normativo, especialmente ante ao Princípio da

Legalidade que a Administração Pública está vinculada (art. 37, *caput*, da CF). Se assim fosse, desnecessária seria a citada Emenda, atualmente em trâmite.

Segundo, talvez se diga que realmente a mencionada Emenda é desnecessária, eis que, como constou no acórdão do TJPR, a extensão da aposentadoria especial de professor diante da regra de transição da EC 47, já está contemplada, tomando-se como referência no sistema previdenciário no serviço público como um todo, concluindo que, se assim não fosse, estaríamos diante de um tratamento anti-isonômico entre os servidores públicos no plano de suas desigualdades positivas, assim resguardadas pelo texto constitucional.

Mais uma vez intentamos discordar do r. acórdão do TJPR, eis que defendemos que as normas previdenciárias, ao menos no que se refere aos requisitos exigidos para concessão de benefícios, segue o princípio da legalidade estrita, eis que a sustentação do benefício ocorre por conta da contribuição previdenciária, que é um tributo (e assim deve ser interpretado de modo estrito), somado ao fato que esse tributo deve ser certo em seu custeio, sob pena de ofensa ao art. 195, § 5º, da CF, que assim dispõe:

Art. 195 (...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Ou seja, se os benefícios previdenciários exigem uma fonte específica de custeio para o pagamento da totalidade dos benefícios, nada mais sensato e razoável que os respectivos benefícios estejam taxativamente previstos na CF ou na lei; de modo oposto, ao admitir a concessão de um benefício diante de uma interpretação sistemática ou qualquer outra fuja da literalidade do texto da norma, também é de se concluir que, assim fosse, o mencionado preceito constitucional seria impossível de atender. O cálculo atuarial avalia o contexto da massa de benefícios diante das possíveis e taxativas hipóteses de concessão de benefícios. Com esses dados, o profissional aponta qual deverá ser o valor da alíquota do tributo. Ao quebrar essa taxatividade, é correto também afirmar que estaríamos diante de normas que admitem "n" hipóteses de interpretação, ampliando a margem de benefícios sem quaisquer limites e naturalmente sem supedâneos para o apontamento do valor a ser arrecadado como fonte de custeios dos respectivos benefícios.

Ademais, a exclusão da regra própria dos professores no âmbito da EC 47, absolutamente, não tem o condão de provocar uma quebra de isonomia de tratamento entre os servidores. Desse modo caminhamos o nosso entendimento, atrelando-se ao dever supracitado de manter o respectivo RPPS com a sua fonte de custeio equilibrada. A nosso ver, a regra constante na EC 47 constitui uma benesse aplicável a todos os servidores públicos que cumprirem os seus requisitos, até mesmo os detentores do cargo de professor. Nesse sentido, ao estabelecer a prerrogativa de concessão do benefício em idade mínima inferior em face de tempo de contribuição proporcionalmente superior, quis o legislador constitucional assim admitir outra hipótese aposentatória, no âmbito transitório, sem que com isso fosse levada em conta as reduções especiais contidas nas normas originárias do art. 40, da CF. Para tanto, destacamos que a regra transitória não deixou de contemplar somente a aposentadoria especial dos professores, mas aquelas também descritas no art. 40, § 4º, CF, que admitem concessões com reduções de idade e tempo de contribuição, quando o beneficiário for portador de deficiência, exerça atividade de risco ou em condições que afetem a sua saúde ou

integridade física. Ou seja, é correto afirmar que, diante da ausência absoluta de uma regra especial dessa natureza, assim caminhou o legislador constituinte ao criar esse sistema diferenciado de compensação de idade e tempo de contribuição, vinculada exclusivamente à regra voluntária comum, qual seja, 55 anos de idade e 30 de contribuição para mulher e 60 anos de idade e 35 de contribuição para homem (art. 40, § 1º, III, a, da CF).

Para arredar o tema, frisamos que a norma especial de professor não reina absoluta sequer no âmbito das modalidades regulares de aposentadoria, constantes no âmbito do art. 40. Note-se, v.g., o caso das aposentadorias compulsórias por idade (75 anos) ou por invalidez, cuja concessão não deve qualquer continência à hipótese especial. Ou seja, o professor, ainda que em exercício de magistério, será aposentado compulsoriamente por idade ou invalidez, sem qualquer metodologia de redutores em seu favor (não se cogita, assim, que a compulsoriedade ocorra aos 75 anos como regra geral, aos 70 anos para os professores e 65 anos às professoras), devendo-se nesses casos aplicar a proporcionalidade contributiva comum, qual seja, 30 anos para mulher e 35 anos para homem. Ou seja, outorgar a interpretação sistemática proposta pelo TJPR no que tange à EC 47, seria colocar em xeque todo o sistema previdenciário, em sua forma de concessão, eis que os critérios atualmente aplicados para as aposentadorias de professores, diante de hipóteses compulsórias, estariam sendo concedidas irregularmente, eis que assim se consolidam sem ponderar os redutores do art. 40, § 5º. Sem dúvidas, nesse cenário e como se não bastasse o princípio contributivo e dever de fonte de custeio do benefício, melhor é prezar pela taxatividade das hipóteses aposentatórias prescritas na CF e em suas emendas.

Nesse contexto, reconhecemos que não há tratamento anti-isonômico entre os servidores, eis que, diante de norma especial aplicada de forma transitória, não há como arguir distinção de tratamento, eis que a mesma assim foi elaborada para atender a demanda, na forma por ela expressamente proposta, inclusive os próprios professores, se assim cumprirem os seus requisitos. Muito diferente seria se o legislador optasse pela extensão, por previsão expressa, dessa regra às aposentadorias especiais de professores, como de fato e acima mencionado fez no âmbito da regra de transição prescrita no art. 6º, da EC 41/2003.

Finalizamos o tema salientando que, como já descrito neste documento, ante à importância da previsão expressa do benefício, tramita no Congresso Nacional a PEC 21/2016, de modo a alterar o art. 3º, EC 47, em análise, com vistas a atender a pretensão da interessada e assim estender expressamente tal regra de transição à hipótese do art. 40, § 5º, da CF; em outros dizeres, o desejo de interpretar a norma constitucional-previdenciária por métodos que vão além da interpretação textual, com o respeito que merece o r. acórdão citado como referência para o pedido, nada mais é que extrapolar aquilo que a Emenda não previu, ou adiantar um direito que ainda está sob o jugo de análise e aprovação no plano do Poder Legislativo.

3. Conclusão

Por todas as razões expostas no item anterior, e em que pese as decisões do E. Tribunal de Justiça manifestando-se em sentido favorável ao pedido da interessada, concluímos pela impossibilidade de conjugação de aplicabilidade da regra aposentatória de transição constante no art. 3º, EC 47/2005, com o disposto no art. 40, § 5º, da CF (aposentadoria especial de professor), por absoluta ausência de previsão constitucional, ausência essa, diga-se novamente, que constitui o objeto da PEC

21/2016, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, exatamente com a *intentio* de supri-la e assim atender o pedido constante nesse processo.

Enquanto não aprovada a alteração constitucional a que se propõe a PEC 21/2016, persistimos, portanto, na conclusão pela impossibilidade de sistematizar a interpretação da norma, conforme a pretensão da requerente, que, se assim fosse, faria do conteúdo da mencionada PEC uma proposta natimorta, além de colocar que dúvida a forma que as aposentadorias compulsórias constantes no art. 40 (por idade e invalidez) atualmente são aplicadas no caso de servidores, detentores do cargo de professor.

(1) Somente a título de complementação argumentativa, ressaltamos que, em estudo realizado pelo site CareerCast e publicado na Revista Exame, as profissões mais desgastantes são as seguintes na mesma ordem:

1º Militar (índice de estresse: 84,78);

2º Bombeiro (índice de estresse: 60,59);

3º Piloto de avião (índice de estresse: 60,46);

4º Policial (índice de estresse: 53,82);

5º Coordenação de eventos (índice de estresse: 49,93);

6º Executivo em relações públicas (índice de estresse: 48,46);

7º Executivo corporativo (índice de estresse: 47,46);

8º Apresentador de TV/rádio (índice de estresse: 47,30);

9º Repórter de jornal (índice de estresse: 46,76);

10º Taxista (índice de estresse: 46,33).

(As 10 profissões mais estressantes para 2016 - Exame - <https://exame.abril.com.br/carreira/as-10-profissoes-mais-estressantes-para-2016/>, capturado em 16/02/2018).

RONALDO GUSMÃO

Procurador do Município de Londrina
OAB-PR nº 32.602 – Matrícula nº 14.291-3

Ratifico. Encaminhe-se ao Procurador Geral.

SERGIO CORRÊA

Procurador do Município de Londrina
Gerente de Assuntos de Pessoal - Matrícula 15801-1 – OAB/PR 38.572

Ratifico.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES
Procurador-geral do Município de Londrina