

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 139 • Março 2012

JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI
MINISTRO DO STF

**FRAGMENTOS E REFLEXÕES
JURÍDICO-POLÍTICAS
O DIREITO E O ESTADO NO BRASIL**

Editorial: A DIGNIDADE DA MAGISTRATURA



Diret● a● ponto●

A Zit Gráfica começa 2012 e apresenta sua nova marca.

Reestilizada, atual e carregada de valores que ao longo de 42 anos a Zit construiu: seriedade, transparência, comprometimento, qualidade e objetividade em cada um destes.

Esta nova marca traz exatamente isso. A objetividade com que trabalhamos e na realização do melhor para clientes, fornecedores e parceiros, indo direto ao ponto, para que nossos relacionamentos sejam frutíferos e de longo prazo.

A Zit Gráfica está de marca nova e mais novidades virão ainda este ano, aguardem!

Foto: Felipe Sampaio/SCJ/STF



16 Fragmentos e reflexões jurídico-políticas sobre o Direito e o Estado no Brasil

Foto: Nelson Jr./SCJ/STF



10 A subjetividade humana: prioridade das prioridades

Fotos Arquivo JC



Transação ou acordo: possível a sua homologação após julgamento de apelação?

26

Foto: TJEMG



34 A crença no Direito

Foto: TJESQ/Bruna Cassilha Correa



Sucumbência recíproca: breves considerações sobre a Lei 8.906/1994 e a Súmula 306 do STJ

42

EDITORIAL 6

O REGIME POLÍTICO-INSTITUCIONAL DA ATUAL REALIDADE BRASILEIRA 7

A LIÇÃO DE SAN TIAGO 23

EM FOCO: 24
Combate à violência contra a mulher avança no Brasil

DOM QUIXOTE: 30
Lutando pela vida

EQUÍVOCOS E SOFISMAS 38
EM MATÉRIA DE LUCROS NO EXTERIOR

INCLUSÃO DE JUROS SOBRE 47
CAPITAL PRÓPRIO NA PLR

AS TAXAS DE JUROS 50
NO BRASIL

ORPHEU SANTOS SALLES
EDITOR

TIAGO SALLES
EDITOR-EXECUTIVO

ERIKA BRANCO
DIRETORA DE REDAÇÃO

DAVID SANTOS SALLES
ASSISTENTE DE REDAÇÃO

MARIANA FRÓES
COORDENADORA DE ARTE E PRODUÇÃO

DIOGO TOMAZ
DIAGRAMADOR

CAROLINA SIMS
REVISORA

GISELLE SOUZA
JORNALISTA COLABORADORA

AMANDA NÓBREGA
EXPEDIÇÃO

ISSN 1807-779X

EDITORA JC
AV. RIO BRANCO, 14/18º ANDAR,
RIO DE JANEIRO – RJ CEP: 20090-000
TEL./FAX (21) 2240-0429

SUCURSAIS

PORTO ALEGRE
DARCI NORTE REBELO
RUA RIACHUELO, 1038 / SL. 1102
ED. PLAZA FREITAS DE CASTRO
CENTRO – PORTO ALEGRE – RS
CEP: 90010-272
TEL. (51) 3211-5344

BRASÍLIA
ARNALDO GOMES
SCN, Q.1 – BL. E / SL. 715
EDIFÍCIO CENTRAL PARK
BRASÍLIA – DF CEP: 70711-903
TEL. (61) 3327-1228/29

EDITORAJC@EDITORAJC.COM.BR
WWW.EDITORAJC.COM.BR

APOIO: INSTITUTO JUSTIÇA & CIDADANIA

CTP, IMPRESSÃO E ACABAMENTO
ZIT GRÁFICA E EDITORA LTDA

Filiada



Apoio



Colégio Permanente de Presidentes
de Tribunais de Justiça



Foto: Nelson Jr./SCO/STF

EDIÇÃO 139 • MARÇO DE 2012

CONSELHO EDITORIAL

BERNARDO CABRAL
Presidente

ORPHEU SANTOS SALLES
Secretário

ADILSON VIEIRA MACABU

ANDRÉ FONTES

ANTONIO CARLOS MARTINS SOARES

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

ARI PARGENDLER

ARNALDO ESTEVES LIMA

ARNALDO LOPES SÜSSEKIND

AURÉLIO WANDER BASTOS

BENEDITO GONÇALVES

CARLOS ANTÔNIO NAVEGA

CARLOS AYRES BRITTO

CARLOS MÁRIO VELLOSO

CESAR ASFOR ROCHA

DALMO DE ABREU DALLARI

DARCI NORTE REBELO

EDSON CARVALHO VIDIGAL

ELIANA CALMON

ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA

ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI

ERNANE GALVÊAS

EROS ROBERTO GRAU

FÁBIO DE SALLES MEIRELLES

FERNANDO NEVES

FREDERICO JOSÉ GUEIROS

GILMAR FERREIRA MENDES

HUMBERTO GOMES DE BARROS

IVES GANDRA MARTINS

JERSON KELMAN

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

JOSÉ CARLOS MURTA RIBEIRO

JOSÉ GERALDO DA FONSECA

LÉLIS MARCOS TEIXEIRA

LUIS FELIPE SALOMÃO

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

LUIZ FUX

MARCO AURÉLIO MELLO

MARCUS FAVER

MASSAMI UYEDA

MAURICIO DINEPI

MAURO CAMPBELL

MAXIMINO GONÇALVES FONTES

NELSON HENRIQUE CALANDRA

NELSON TOMAZ BRAGA

NEY PRADO

PAULO FREITAS BARATA

ROBERTO ROSAS

SERGIO CAVALIERI FILHO

SIRO DARLAN

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

TIAGO SALLES

VOCÊ MEDE UM JORNAL PELO BRILHO DO SEU PASSADO
E PELO FUTURO BRILHANTE QUE SEUS LEITORES TÊM PELA FRENTE.

todos nós



JORNAL DO COMMERCIO, 183 ANOS.
SEMPRE BRILHANTE. AINDA PROMISSOR.

Jornal do Commercio
BRASIL

A DIGNIDADE DA MAGISTRATURA

Foto: Sandra Fado



Já se passaram mais de dez anos desde a fundação da Revista, durante os quais várias vezes, por determinada intenção e obstinada insistência, atendemos aos princípios que nos propomos de realçar, elevar, prestigiar e engrandecer o Poder Judiciário e a Magistratura, forçados pela malignidade de detratores, agentes da discórdia e intolerância, de qualificação duvidosa e sem razão, que, na busca de efêmera notoriedade, se voltam contra personalidades do Judiciário em evidência, tentando macular, denegrir e solapar a sua dignidade e honra. Esse foi o motivo que nos levou a ser chamados pelo instinto, pelos princípios e pelas convicções na defesa da verdade, do conceito e da moral, da personalidade infamada e da instituição envolvida.

A esses detratores do conceito e da honorabilidade de magistrados infamados e vilipendiados, há de classificá-los – como Ruy Barbosa ao se referir a calúnias e infâmias assacadas contra juízes – como embuste, abjeta, vilã, ladra concubinária da mentira do jornalismo, para, finalmente, reconhecer e aquilatar a peçonha dos difamadores.

Entretanto, a par dos acontecimentos degradantes e dos fatos desenrolados nas pendências que surgiram nas discussões

sobre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, duas personalidades se tornaram exponenciais: a Corregedora Ministra Eliana Calmon, que, como Joana D'Arc, levantou a espada da Justiça para fazer valer a competência do Órgão, e o Desembargador Nelson Calandra, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, que defendeu, tal qual D'Artagnan, os predicamentos da Magistratura.

Cabe, também, ressaltar as firmes e convincentes razões expendidas no julgamento no Supremo Tribunal Federal pelos ministros Gilmar Mendes, Ayres Britto, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, José Antonio Toffoli e a recém-nomeada ministra Rosa Weber, que concluíram pela competência investigadora e fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça.

Já quanto a discussão do julgamento da aplicação e validade da Ficha Limpa para as eleições a partir do pleito de 2012, temos a destacar as considerações e os votos precisos e irrefutáveis dos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Rosa Weber, que, particularmente, surpreendeu e encantou com a bela e oportuna imagem do seu pronunciamento, lembrando da imensa postulação legislativa popular, com o seu antológico voto, de que, “a lei fora gerada no ventre moralizador da sociedade”.

A confirmação pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, constitui uma decisão histórica e representa um recado certo, no sentido de mostrar o poder da sociedade organizada, que, por meio da mobilização popular pelas ruas do País e com mensagens em caravanas de telegramas enviadas ao STF, conseguiu o apoio da mídia e ajudou a sensibilizar a maioria dos ministros, levando-os ao julgamento e à aprovação de uma lei nascida da vontade popular.

A dignidade do Poder Judiciário e da Magistratura não de ser preservadas e altamente consideradas, porque representam a garantia maior da vivência do Estado Democrático de Direito, sem o qual não existe democracia. E é em face desse fator, e da intrínseca responsabilidade da sua manutenção, que nos postamos intransigentes na defesa do primado do Direito e da lei.

A stylized signature of Orpheu Santos Salles in black ink.

Orpheu Santos Salles
Editor

O REGIME POLÍTICO- INSTITUCIONAL DA ATUAL REALIDADE BRASILEIRA

J. Bernardo Cabral

Presidente do Conselho Editorial
Consultor da Presidência da CNC

O partido político é uma instituição constitucional que existe em todo governo representativo, com direitos e obrigações legais, visando promover e desenvolver atuação política e, sobretudo, conquistar o poder, que é o problema central da ciência política.

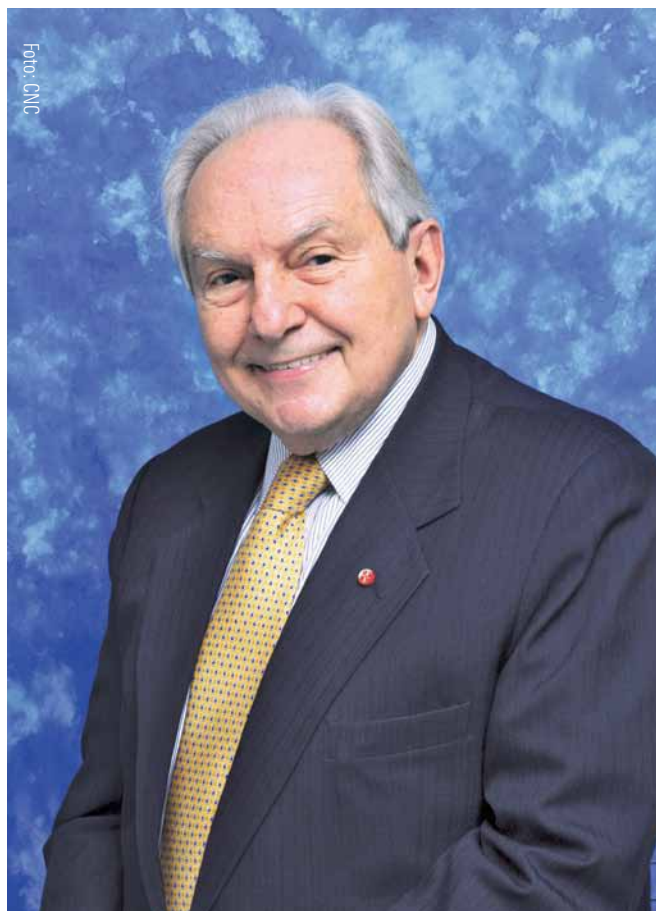
Nem sempre os partidos políticos trazem diferença bem definida de opinião de um para o outro, verificando-se a diferença entre eles, muita vez, apenas nas alas liberal ou progressista e conservadora que militam em seus quadros.

No entanto, qualquer que seja a ala prevalente e por maior que seja a diferença entre os seus membros, no tocante a esta ou aquela política, o objetivo visado pelo partido político é, repita-se, a conquista do poder.

Do que me tem sido possível observar – sem que nisso possa haver alguma afetação de cientista político – os partidos políticos brasileiros poderiam assim ser decompostos: a) de direita; b) de centro; c) de esquerda.

Ao longo das últimas décadas, em que pese a existência de um grande número de partidos, uns sem maior projeção eleitoral, nenhum deles primou por ter definido o seu conteúdo de classe. A verdade é que ao ser feito um exame mais acurado nota-se que dão eles a ideia de terem sido formados para representar os interesses especiais de respectivos grupos, considerada a possibilidade de proporcionar melhor rentabilidade aos interesses e às ambições pessoais de seus integrantes, desprezando o conteúdo ideológico que pudessem ter. Os princípios gerais dos seus programas nem sempre foram seguidos ou defendidos por seus membros, limitando-se, de hábito, a cumprir as exigências da legislação eleitoral.

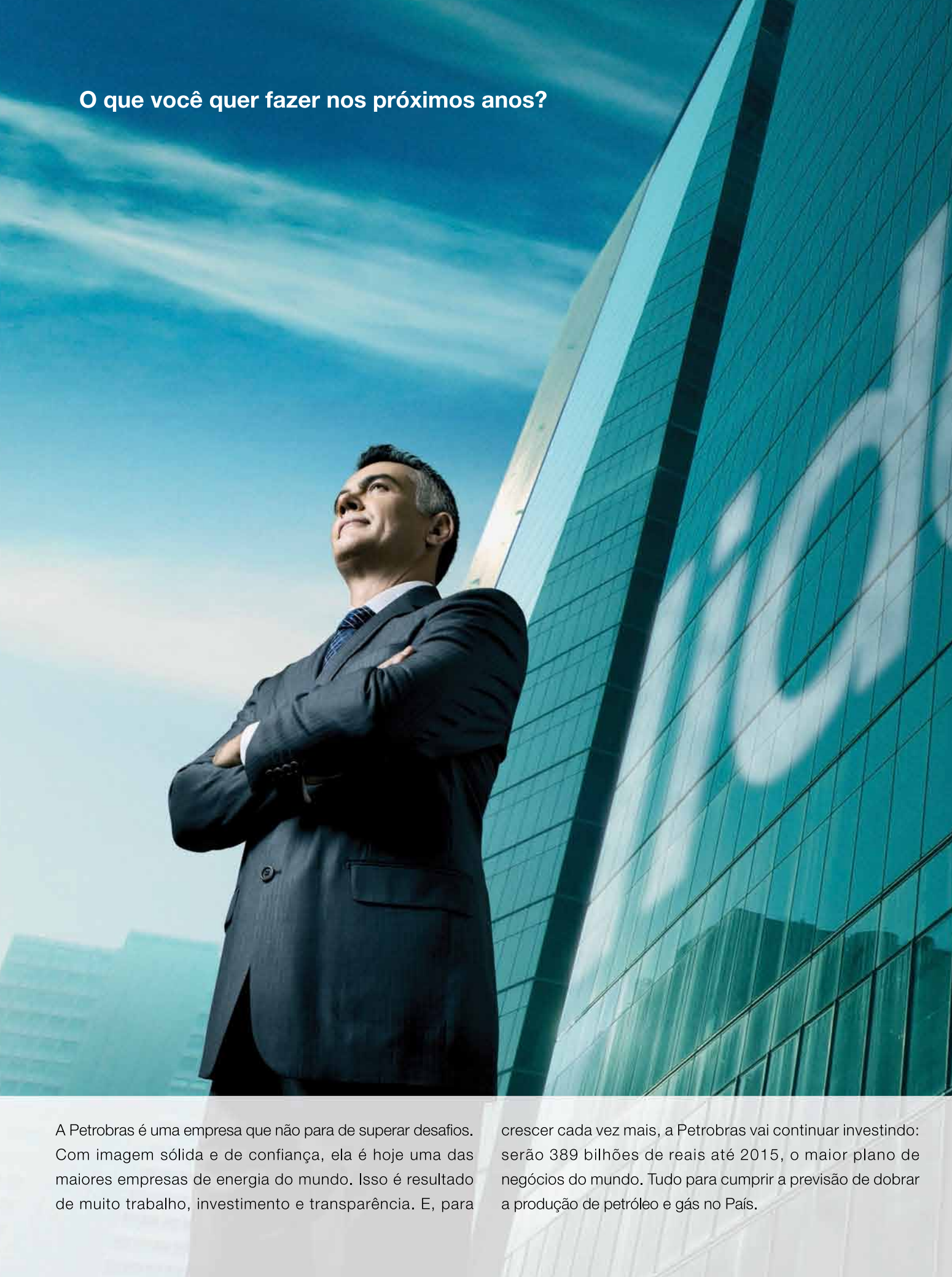
Alguns dos seus membros, ao longo do tempo, não eram côncios do grupo a que pertenciam, desprezando-lhes a lealdade e a formação de opinião sobre as questões políticas, para se debruçarem somente sobre os seus interesses particulares, dando, como resultado, uma organização dividida.



Fácil é observar que o partido político brasileiro tornou-se assim para o observador de fora dos seus quadros, uma espécie de trampolim criado para o salto da partilha do espólio da administração pública, ao invés de oferecer uma alternativa possível e permitir ao eleitorado uma escolha autêntica de governo.

Os exemplos negativos afloram a cada eleição.



A man in a dark suit and tie stands with his arms crossed, looking upwards. He is positioned in front of a tall, modern glass skyscraper. The building's facade is covered in large glass panels that reflect the sky and clouds. A large, white Petrobras logo is visible on the building's facade. The sky is a clear, vibrant blue with some wispy white clouds. The overall scene conveys a sense of ambition and corporate success.

O que você quer fazer nos próximos anos?

A Petrobras é uma empresa que não para de superar desafios. Com imagem sólida e de confiança, ela é hoje uma das maiores empresas de energia do mundo. Isso é resultado de muito trabalho, investimento e transparência. E, para

crescer cada vez mais, a Petrobras vai continuar investindo: serão 389 bilhões de reais até 2015, o maior plano de negócios do mundo. Tudo para cumprir a previsão de dobrar a produção de petróleo e gás no País.

Venha liderar com a gente. Pegue o seu lugar no futuro.
www.petrobras.com.br/venhacomagente



O DESAFIO É A NOSSA ENERGIA

A SUBJETIVIDADE HUMANA PRIORIDADE DAS PRIORIDADES

Carlos Ayres Britto

Membro do Conselho Editorial
Ministro do STF

A curiosidade sobre o Supremo tornou-se muito maior nos últimos tempos devido ao fato de que ele passou a interferir no curso da vida, no sentido qualitativo mesmo na vida dos brasileiros, a partir da compreensão de que temos uma lei fundamental eminentemente principiológica e consagradora de valores humanistas, valores que qualificam a vida individual e coletiva do País.

O Supremo é o guardião-mor da Constituição e tem uma responsabilidade muito grande de se manter fiel a ela, já que o seu único papel é esse, ser um militante da Constituição como documento fundamental do País, além das leis do nosso Brasil.

A Constituição, sabemos todos, é a lei das leis que o Estado faz, e é a única lei que o Estado não faz na sua redação originária, exatamente; não tem número, procede de uma instância deliberativa anterior ao Estado, é exterior e superior ao Estado, que é a Nação brasileira. Nação naquele conceito do filósofo, historiador e escritor francês Ernest Renan: é uma alma, é um princípio espiritual. Acrescentamos ser uma linha imaginária entre o passado, o presente e o futuro de um povo soberano, ou seja, a Nação tem essa peculiaridade de atar, ligar a ancestralidade à posteridade, passando pela poetaneidade; portanto, é tridimensional no tempo, na medida em que se faz atemporal, porque liga gerações passadas, presentes e futuras.

É ela, a Nação, que deposita sua vontade normativa suprema na Constituição que nos cabe guardar lá no Supremo Tribunal

Federal. A nossa legitimidade, evidentemente, tem que decolar, tem que arrancar da Constituição no plano da fidelidade, e aos respectivos comandos. Há uma vontade nacional, que é permanente, ali derramada na Constituição. Na medida em que observada com fidedignidade, nos legitima. É uma legitimidade diferenciada, claro que é também uma legitimidade técnica, porque as nossas decisões são fundamentadas e são públicas. Aliás, até o nosso processo deliberativo, hoje, é público, no âmbito desse valor da transparência que a própria Constituição consagrou, que significa o direito que tem a população de saber de tudo o que se passa nas esferas do poder, inclusive do Poder Judiciário, por que não?

Eu gosto muito das instigações, das provocações, gosto muito da heterodoxia; é até meio estranho um ministro do Supremo se proclamar adepto das heterodoxias quando o Supremo deve ser uma instância que, sobremodo, vela pela estabilidade, pela fixidez, pela segurança das relações jurídicas, e devo inovar o menos possível.

Acontece que essa Constituição que nos cabe guardar, ela é inovadora, ela chega a ser revolucionária, é consagradora de princípios que bem podem ser resumidos na palavra humanismo. É uma Constituição humanista por excelência, progressista no sentido do arejamento dos costumes, notadamente, e da democracia brasileira. E, por ser progressista, não pode ser aplicada de modo passadista, retrógrado; não há como interpretar uma Constituição progressista de modo retrocessivo,



sob pena de cometimento de infidelidade hermenêutica. Daí porque o Supremo tem produzido decisões tão socialmente impactantes e provocadoras de tantas polêmicas: células-tronco embrionárias, demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, fidelidade partidária, isonomia entre casais heteroafetivos e parceiros homoafetivos, Lei da Ficha Limpa, liberdade de imprensa, inclusive liberdade do humor na imprensa mesmo em período eleitoral. Em suma, o Supremo passou a, no melhor sentido, desfilas na passarela das mais, digamos, agudas atenções do País na medida em que se tornou uma instância interferente na qualidade de vida de toda a população brasileira e nos destinos do Brasil.

Diante disso, diante dessa Constituição que me parece axiologicamente heterodoxa, lanço algumas ideias, quem sabe, algumas instigações, algumas provocações, e fico à disposição para uma conversa naquela antiga linha socrática que nós chamamos de maiêutica. Provoações, porque importa muito mais perguntar do que propriamente responder, e Sócrates tinha o cuidado de dizer que esse tipo de espaço de diálogo é um lócus privilegiado de instigação do pensamento em que ninguém é mestre de ninguém, ninguém ensina ninguém, apenas os espíritos estão abertos para, com toda a sinceridade, investigar um tema apenas como ponto de partida, sem saber qual vai ser o ponto de chegada, até porque, nas coisas ditas humanas, talvez não haja mesmo um ponto de chegada, o que é maravilhoso.

Na física quântica, todos nós sabemos que Werner Heisenberg formulou o princípio da incerteza, dizendo que até as partículas subatômicas não podem ser quantificadas nem determinadas no seu movimento, porque elas descrevem dinâmicas heterodoxas que, de repente, se transformam em ondas sem que ninguém perceba. É como se Heisenberg dissesse: “Que bom que tudo seja incerto, porque se não fosse assim, a vida seria uma mesmice; morreríamos, se não de susto, de modo pior: de tédio”.

Então, é certo que tudo seja incerto, e se tudo é inseguro, o nosso desafio só pode ser um: vamos nos sentir seguros na própria insegurança e fazer dessa vida uma experiência fascinante, dizendo “a minha única questão fechada é a abertura para o novo, e ponto final”.

Esse tema é uma espécie de fio a desfiar, a puxar sem nenhum novelo precedente; é um caminho que tem ponto de partida, mas não tem ponto de chegada. Eu me interesso muito pela maneira de caminhar, pura e simplesmente. Vamos puxar esse fio de um título apenas, e o novelo vai se formando aos poucos, se é que ele vai se formar. O título é “O pensamento, o sentimento e a consciência como categorias constitucionais”, isso numa perspectiva humanista. Nós queremos resgatar, ou desentranhar do Direito, desentranhar dos dispositivos jurídicos propriedades normativas, qualificadoras da vida e do indivíduo, a tal ponto que venham a merecer o nome de humanismo; queremos um Direito humanista, um Direito a serviço do humano.



Foto: U. Detmair/STF

Ministro Carlos Ayres Britto

O humanismo, essa compreensão que todos têm, podemos compreendê-lo – aliás, considero que na Constituição humanismo não é mais do que isso, mas isso já é tudo – como a expressão de uma vida coletiva civilizada. Entendendo-se como vida coletiva civilizada aquela que faz da humanidade que reside em cada um de nós o próprio fundamento da dignidade humana, digamos, inata. Há uma inata dignidade humana que a Constituição mais do que outorga: reconhece como se fosse mesmo um postulado juro-naturalista preexistente. Há uma inata dignidade humana cujo título de legitimação, ou cujo fundamento jurídico, não é outro senão a humanidade que mora em cada um de nós, o humano que reside em cada um de nós, na linha daquele poema famoso *Tabacaria*, de Fernando Pessoa, cujos versos iniciais são tão conhecidos de cor e salteado: “Não sou nada; Nunca serei nada; Não posso querer ser nada. À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo”, ou seja, o indivíduo é um universo à parte; se é parte de algo, é um algo à parte; se é parte de um todo, é um todo à parte, é um microcosmo. Não se repete nas suas peculiaridades, absolutamente original. Não há ninguém igual a ninguém, e por isso se faz destinatário

de situações jurídicas subjetivas, situações jurídicas ativas, numa linguagem mais técnica, que começam com os direitos e as garantias individuais, e vão se espalhando pelos direitos econômico-sociais, pelos direitos culturais, ou sociais-genéricos, pelos direitos políticos, pelos direitos ecológicos, pelos direitos digitais, que a doutrina vem e cataloga de imediato como de primeira, segunda, terceira e até direitos de quarta geração.

Mas, o humanismo tem um segundo significado. Ele é a transubstanciação da democracia de três vértices: só há humanismo quando, a partir da Constituição brasileira, se positiva uma democracia, ao mesmo tempo, liberal, fraternal e social, ou, pela ordem do constitucionalismo ocidental, liberal, social e fraternal. O humanismo que penso existir na Constituição é esse que faz da humanidade que radica em cada um de nós o título de legitimação do reconhecimento da nossa inata, ingênita, congênita dignidade, virginal dignidade, e ao mesmo tempo, digamos assim, evolui essa ideia de humanismo, para desembocar, desaguar na democracia de três vértices. A democracia como princípio lógico de organização do Estado, do Governo e da sociedade como um todo; logo, a democracia como um projeto de vida global do Estado, do Governo e da sociedade civil. Tudo o mais na Constituição é decorrência desse projeto, desse princípio democrático de organização do Estado, do Governo e da sociedade.

Os vetores interpretativos por excelência são esses, e também não é necessário queimar muito fosfato para evidenciar que a nossa democracia principia, começa com o artigo 1º da Constituição, o qual lança fundamentos que são os primeiros conteúdos da democracia. Que fundamentos são esses? Soberania popular, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político; são os conteúdos por excelência da democracia brasileira. Fundamentos chamados assim pela Constituição a partir dos quais o Estado brasileiro pode alcançar os objetivos que ela mesma, a Constituição, também chama de fundamentais. Por exemplo, o artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional. Claro que um desenvolvimento que tenha como elementos conceituais desenvolvimento, equilíbrio ecológico e uma convivência internacional sem dependência, ou seja, sem a temerária dependência externa do Brasil em relação aos demais partícipes da comunidade nacional.

E vêm aqueles outros: promover o bem de todos, erradicar a pobreza e a marginalização etc. Entre os fundamentos da República, no artigo 1º, e os objetivos fundamentais da República, no artigo 3º, a Constituição colocou, estrategicamente, o artigo

2º, que cuida dos três Poderes, entre os quais o Judiciário. Ou seja, os três Poderes estão ali, no artigo 2º, para que, a partir dos fundamentos, eles atuem legislativa, executiva e jurisdicionalmente para alcançar os objetivos do artigo 3º: erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as distâncias sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceito de origem, sexo, raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação, e implantar a democracia de três vértices: liberal, social e fraternal, ou solidária.

Então, o humanismo que nos cabe desentranhar da Constituição é esse. Eu dei o título “O pensamento, o sentimento e a consciência como categorias constitucionais”, pelo fato de que, objetivamente, nós temos o humanismo na Constituição, mas para que esse humanismo objetivamente posto na Constituição se revele na sua pureza, na sua extensão, na sua latitude, na sua longitude, para que esse humanismo se torne um corpo vivo, saia do papel e se incorpore ao cotidiano existencial de cada um de nós, é preciso que o intérprete seja, também, humanista. Não se pode conceber democracia sem democratas, república sem republicanos, comportamentos éticos sem protagonistas igualmente éticos. Nessa linha de pensamento, não pode haver humanismo sem humanistas; a objetividade humanista pressupõe a subjetividade igualmente humanista, porque senão vamos aplicar retrocessivamente a Constituição tão progressista que é, mas diante da nossa interpretação e da nossa aplicação, os nossos votos, petições, pareceres, nós vamos inverter a própria ontologia da Constituição, tornando-a um documento ideologicamente contrário àquilo que ela, Constituição, efetivamente é. Então, a subjetividade humanista deve ser tão objeto de preocupação nossa quanto, ou mais até, do que a objetividade humanista que se encontra fincada na Constituição brasileira, no lastro formal da Constituição, na tessitura gráfica da Constituição, portanto.

Esta é a razão de ser do título, é que o que há de mais humano em nós. O que há de mais salientemente humano em nós, o que nos caracteriza como elemento conceitual, como conteúdo, como ingrediente do nosso humanismo é, notadamente, a parêntese temática pensamento-sentimento, porque cotidianamente, no nosso dia a dia, habitualmente, com frequência, nós somos e agimos sob essas duas faculdades, essas duas características: o pensamento e o sentimento.

Daí a física quântica. Danah Zohar, uma física quântica anglo-americana, autora do livro *Ser quântico* e de outro ainda mais recente, *Inteligência espiritual*, faz uma proposição confirmada recentemente pela neurociência: o cérebro humano é dual, é binário, é dúplice; tem o hemisfério esquerdo e o hemisfério direito. No lado esquerdo do cérebro humano está o pensamento e no lado direito, o sentimento. Então, o nosso modo de ser e de agir é habitualmente esse, é um pensar e um sentir. Uma pessoa sente mais do que pensa; não que não saiba pensar, é que se convenceram de que a primazia deve recair sobre o sentimento. Outras invertem a lógica e pensam mais do que sentem.

O pensamento é sinônimo de inteligência intelectual, que é a inteligência lógica ou cartesiana. Acionado pela sua dimensão

intelectual, o cérebro produz ideias, e a sede das ideias é a mente, que é sinônima; a mente é sinônima de inteligência intelectual.

O cérebro, então, pelo seu lado esquerdo, é um produtor de ideias, de pensamentos; pensamentos e ideias que significam representação abstrata, mental, de pessoas, de fatos, de eventos. O pensamento nos habilita a conhecer, a nos conhecer e a conhecer as coisas externas por um modo indireto – também chamado de especulativo ou discursivo –, por teorizações, por formulações abstratas; depois, é claro, vêm também as experiências. Mas, a partir dessa preocupação de conhecer o intelecto, primeiramente, por partes, a mente, a inteligência lógica, só o conhece por partes. É como se a realidade não fosse um todo, fosse partes sem um todo. Não há cientista que não fragmente a realidade e dela se aproxime de um modo cauteloso, cuidadoso, metódico em relação a aproximações sucessivas; daí por que o conhecimento científico é chamado de indireto ou discursivo. É um conhecimento gradativo, cumulativo, uma proposição servindo de base para outra proposição, uma geração transmitindo à outra o seu estoque de conhecimento cientificamente amalhado.

Já o lado direito do cérebro é o lado do sentimento, do coração, da emoção. Pelo seu lado direito, o cérebro conhece, de estalo, um súbito de percepção e apanha a realidade como um todo, não de modo fragmentado, num *insight*, como um espocar de um raio, um *flash*. Não é por partes que o lado direito do cérebro conhece, é holisticamente ou esfericamente. O lado esquerdo científico é angular, é chamado de inteligência intelectual; o lado direito, que é sentimental, emocional, é chamado de inteligência emocional.

Dessa forma, o lado direito é um modo de conhecer não por partes, não aos poucos, mas no súbito de percepção, é o modo de conhecer holístico, esférico, porque numa esfera estão todos os ângulos, é um modo de conhecer instantâneo: sem planejamento, sem método, sem metas. Não é à toa que é o lado intuitivo, da abertura, do nosso espírito para a essência das coisas sem metodização nenhuma, é a faculdade que nós temos de ver o todo como se não tivesse partes, é um todo sem partes, como se não houvesse o antes nem o depois, só o durante. É o nosso modo instantâneo de ser, o que nos interessa é o instante, nós não temos meta, não temos memória, apenas o instante que, quando vivido com intensidade, dilata as suas fronteiras. Nesse momento, há uma característica muito interessante relacionada ao conhecimento obtido por contemplação, por intuição, num súbito de percepção, por intensidade, de uma só vez. Esse instante de percepção tem a propriedade de bloquear o funcionamento da mente; quando nós estamos no nosso coração, estamos fora da nossa mente. Esse lado do sentimento tem a propriedade de bloquear completamente o funcionamento da inteligência emocional, porque a mente fica aturdida, como que paralisada, quando o sentimento está funcionando.

O sentimento é o nosso lado feminino e o pensamento, o lado masculino. Por ser intuitivo, o lado feminino manifesta-se com muito mais ousadia e coragem, como se nós, digamos assim, soltássemos as amarras desse navio que é o coração para

adentrar o mar, ainda que encapeladamente açoitado de ventos, de tempestades. Em francês, a palavra coragem é *courage*, composta do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, o agir do coração. Então, é preciso muita coragem para acionar o coração, não o coração músculo cardíaco, que bate pendularmente dentro do nosso peito, mas o o lado feminino do coração neurônio. Por isso podemos dizer o seguinte: é um pensamento de direito, e há um sentimento de justiça, porque justiça é uma palavra feminina e direito, masculina. O poeta e jurista Tobias Barreto dizia que Direito não é só uma coisa que se sabe, pela inteligência intelectual, é também uma coisa que se sente. Ele não cunhou a expressão “inteligência intelectual”, que não era conhecida, mas tinha intuição do lado esquerdo do cérebro. Depois, nós aprendemos que o substantivo sentença vem do verbo sentir.

No ponto de partida das coisas, muitas vezes nós não colocamos a inteligência intelectual, a ciência, a técnica, a lógica; nós colocamos a intuição, a contemplação, a ousadia, a sensibilidade. Quando essa sensibilidade vai se intensificando, cada órgão dos nossos sentidos se manifesta de um modo puro, sem controle, solto, livre, leve, solto ou, como diria Caetano Veloso, “sem lenço, sem documento”. Nossa sensibilidade como que ganha em densidade e passa a merecer o nome de sensibilidade, o que é até mais do que sensibilidade.

Aí, me pergunto por que estou falando sobre isso; essas coisas não são categorias metajurídicas, não têm nada a ver com o Direito? Antes de responder, vou complicar ainda mais as coisas. É possível perceber que o sentimento e o pensamento não se gostam, não são amigos fraternos, eles constituem uma dicotomia, uma dualidade básica, dois polos. Portanto, não se apreciam. Onde um está, geralmente o outro não está; é muito difícil a convivência. Mas, quando o ser humano consegue, na sua interioridade, harmonizar sentimento e pensamento, acasalá-los, fazer um casamento por amor entre os dois, o indivíduo parteja o rebento da consciência, e consciência é uma terceira categoria, é outra característica humana. Nós temos, portanto, três categorias humanas por excelência: o pensamento, o sentimento e a consciência. Só que a consciência não é um *a priori*, é um *a posteriori*; não é um antecedente, é um consequente.

Nós podemos viver sem consciência, sobretudo quando saímos do sentimento e ficamos exclusivamente no pensamento. Tornamo-nos frios, distantes, calculistas, aliás, a neurociência comprova que, quando nós usamos o pensamento, o lado esquerdo do cérebro, claro que irrigamos o cérebro, porém muito menos do que quando usamos o lado direito, o feminino, que é o que mais irriga o cérebro humano; o cérebro mais sanguineamente irrigado é mais corajoso, mais inovador, mais produtivo. A consciência seria uma espécie de refinamento das faculdades, das virtudes, das características humanas, porque o pensamento tende a ser radical, o sentimento tende a ser radical; a otimização das coisas dá-se nesse terceiro estágio, superior e superlativo, o estágio da consciência. A consciência, portanto, harmoniza o pensamento e o sentimento, o que resgata a nossa inteireza e nos equilibra.

Há um poema de Vinícius de Moraes que diz: “A vida só se dá pra quem se deu”. Certamente, ele quis dizer que a vida só se dá por inteiro a quem por inteiro se dá à vida, e nós somente

somos inteiros quando estamos investidos na posse das nossas características essencialmente humanas, o pensamento e o sentimento, acasalados na perspectiva da consciência; a consciência é o que nos lapida por excelência.

Numa metáfora talvez mal apanhada, eu diria o seguinte: antes da consciência, nós podemos ser, no máximo, um mármore de Carrara; depois da consciência, nós já somos a *Pietà*, de Michelangelo, completamente diferentes. Aliás, quando eu vi a *Pietà* pela primeira vez, claro que me emocionei, como todos que veem aquela magnífica obra de arte. Percebi, enlevado, pela primeira vez na minha vida, a figuração de Cristo de um modo secundário: Cristo ali, no colo de Maria, não é a figura principal, mas sim ela, Maria – quem sabe numa homenagem que Michelangelo quis prestar a essa entidade mágica que só as mulheres têm, o útero.

Seja como for, eu também poderia dizer que antes do pensamento e do sentimento, nós temos os instintos; os instintos são o nosso ponto de partida, e a consciência, o nosso ponto de chegada. Os instintos não nos caracterizam como seres humanos, e sim como partícipes do reino animal, porque os animais também têm instintos, talvez até mais aperfeiçoados que os nossos. O que há de mais material, mais imediato, mais corpóreo, mais *in natura*, não pasteurizado, insubmisso às coordenadas mentais são os nossos instintos, sobretudo os de sobrevivência, de conservação, de reprodução, de busca do prazer e de fuga do sofrimento ou da dor; são as manifestações instintivas por excelência. O mais forte de todos é o instinto de sobrevivência, tanto que o grande pensador luso-holandês Espinosa, numa frase também lapidar, disse o seguinte: “Todo ser vivo na medida em que pode se esforça por se conservar tal como é, vivo”. Daí por que uma bactéria, um micróbio, resiste ao antibiótico com que eventualmente são combatidos – claro que Espinosa não disse isso porque, na sua época, não havia antibiótico.

Nós só podemos resgatar o que há de salientemente humano no Direito se resgataremos em nós, intérpretes e aplicadores do Direito positivo, o que há de mais salientemente humano: nossos pensamentos, nossos sentimentos e nossa consciência, que não são categorias metajurídicas. Há três estados de existência, todos sabemos disso, que fazem parte da carne e do real: o estado das coisas conhecidas, já aprendidas e descritas pela inteligência intelectual; o reino das coisas incognoscíveis, que ainda não são conhecidas, mas que um dia serão, por efeito da evolução da ciência e da tecnologia – um dia a inteligência intelectual chegará lá; e o estado das coisas incognoscíveis, do mistério, sobre o qual falava Shakespeare em *Hamlet*, dizendo: “Horácio, há muito mais coisa entre o céu e a Terra do que supõe a tua vã filosofia”.

A Constituição nos remete para esse mundo do mistério quando, no preâmbulo, fala de Deus. Existe fenômeno mais misterioso do que Deus? A Constituição nos remete a Ele, claro que para homenagear o sentimento de religiosidade do povo brasileiro, a religiosidade em si, não essa ou aquela religião. Quando se fala de Deus é para homenagear esse impulso antropológico da criatura para o Criador, somos imanentes, temos ciência da nossa imanência, mas algo nos impulsiona para



Ministro Carlos Ayres Britto

a transcendência, é uma viagem do profano para o sagrado; isso é contemplado na Constituição. A Constituição fala de fé, de crença, de liberdade de culto, e tudo isso é o espaço do mistério. O mistério não tem forma, por isso é o informe por excelência; ninguém nunca, jamais, conceituou a justiça, nem vai conseguir. Justiça, nacionalismo, amor, patriotismo, Deus são categorias arreadas da descrição intelectual, inapropriáveis pelo nosso intelecto porque não tem forma, ou, pelo menos, não tem uma forma pré-definida. O amor, Deus etc. podem assumir qualquer forma, e só há um modo não de conhecê-los, porque são incognoscíveis esses fenômenos, mas de experimentar Deus, é experimentando o amor; ou seja, para “conhecer” o mistério, é preciso ser o que o mistério é, o que demanda da nossa parte extrema coragem, porque o ser humano não quer perder o controle das coisas, e nós da área jurídica somos idólatras da segurança. Nós raciocinamos assim: “A embarcação é muito bonita, muito forte, mas ela está mais segura no porto”. Esquecemos de que as embarcações não foram feitas para os portos, e sim para a aventura do mar aberto.

A minha provocação, então, é essa: vamos estudar a Constituição na perspectiva das faculdades, das virtudes, das características humanas, do pensamento, do sentimento e da consciência, características que estão na Constituição. Interessante é que nós estudamos mais o lado de fora do que o de dentro, interessamo-nos muito mais pelo abstrato do que pelo concreto, pelo invisível do que pelo visível, pelo distante do que pelo próximo. Por isso é que, na dicotomia entre o homem e a humanidade, nós preferimos a humanidade, e às vezes confundimos humanista com cultor da humanidade, e humanismo com louvor, culto à humanidade.

Amar a humanidade, que é um sujeito abstrato, distante, algo impalpável, invisível é muito fácil, e se transforma muitas

vezes numa proclamação meramente retórica; é fácil amar a humanidade, esse sujeito tão distante; agora, amar o homem, o ser humano concreto, o lavador de carro, o vigia, o lixeiro, o guardador de carro, a empregada doméstica, o ascensorista, esse que é o nosso desafio, porque são pessoas que têm nome, rosto, sonhos, expectativas, dramas, perplexidades, paradoxos.

A humanidade está ao alcance da nossa mente, mas só o homem está ao alcance do nosso olhar. Verdaderamente humanista é quem ama a humanidade mas a partir do ser humano *in concreto*, de carne e osso, ali, ao alcance da nossa mão e do nosso ombro, porque a hora de enxugar a lágrima é quando a lágrima está caindo. Então, quais são as coordenadas do pensamento enquanto categoria constitucional? Quais são as coordenadas do sentimento? A Constituição fala de arte, de criação, de ética, de valores, e é evidente que o mundo dos valores da ética, da arte, da criação é um mundo muito mais próximo do sentimento do que do pensamento. Quando a gente diz “fulano de tal é uma pessoa de sentimento”, está dizendo que é uma pessoa de valor, é sensível, mais do que sensível. E o que é consciência à luz da Constituição? No art. 5º, inciso IV, diz que é livre a manifestação do pensamento; no inciso II, pesquisar, divulgar o pensamento; no artigo 220, a manifestação do pensamento; no inciso VI, do artigo 5º, é inviolável a liberdade de consciência; no artigo 143, fala de imperativo de consciência. Que categorias são essas? Qual o conteúdo significativo de cada uma dessas categorias que resume o que há de mais humano em cada um de nós? Enfim, a subjetividade humana me parece que deve ser a prioridade das prioridades. Vamos conhecer as objetividades jurídicas, mas a partir da subjetividade do intérprete e aplicador do Direito. 

Texto extraído da palestra realizada na Fundação Getúlio Vargas, no Encontro “Diálogo com o Supremo”.

FRAGMENTOS E REFLEXÕES JURÍDICO-POLÍTICAS SOBRE O DIREITO E O ESTADO NO BRASIL

José Antonio Dias Toffoli
Ministro do STF

Hans Kelsen, em seus escritos autobiográficos, reconhece que sua Teoria Pura do Direito haja se originado no fato de que ele “tenha chegado a essa visão porque o Estado que me era mais próximo e que eu conhecia melhor por experiência pessoal, o Estado austríaco, era aparentemente apenas uma unidade jurídica”¹. Esse verdadeiro *romance* sobre a vida do grande jurista do século XX, “aquele Estado multinacional e multiétnico, que por tantos séculos prestou grande serviço à Europa, contendo conflitos e sustentando a diversidade de seus povos, era também o modelo real para a identificação entre Estado e direito, mas não porque o primeiro se sobreporia ao último, e sim porque o último daria substância ao primeiro”.²

Essa perspectiva é extremamente útil à compreensão do Brasil e de suas instituições jurídico-políticas. A ideia de que o Direito – e não o Poder –, o ordenamento jurídico – e não a Força –, e a norma – e não a Vontade do Soberano – conformam e modelam o Estado brasileiro há de ser compreendida sob esse signo histórico. A despeito de diversos momentos de ruptura da ordem jurídica no País, é possível compreender a diferenciação específica do Brasil em relação a outras nações de idêntica colonização, e a grandeza de seus fundamentos políticos. Mais ainda, evita-se o recurso retórico a explicações simplistas e a apelos em favor do abandono das linhas que sempre definiram a construção de nosso Estado de Direito.

Considero fundamental partir de algumas premissas cujo desenvolvimento teórico não pode ser dilatado aqui, dadas as limitações deste pequeno ensaio, mas que são importantes para a justificação teórica ora levada a efeito.

A primeira premissa está na *função protetiva da ordem jurídica pelo aparato burocrático*.

É muito vulgar a condenação, em textos especializados, do chamado *bacharelismo* e da *importação da burocracia lusitana* para o Brasil. Evidentemente, não se desconhece a perspectiva weberiana do elemento simbólico do poder burocrático, além de sua redução ao infinito, no que se refere à irracionalidade, sob a óptica kafkiana. Os berloques de linguagem e o pedantismo intelectual, elementos tão associados à chamada *cultura bacharelesca*, são geralmente opostos ao caráter dinâmico e progressista das denominadas Ciências Duras (Matemática, Física). Esses argumentos revelam preconceitos e mistificações.

O aparato burocrático permitiu o controle do Poder pelo Direito. A existência de rituais, procedimentos e o apego às formas jurídicas, não se desconhecendo os problemas de sua aplicação desvirtuada, foram elementos de extrema importância para a afirmação simbólica do Direito como delimitador de condutas e, passando-se para o fenômeno estatal, como alicerce da soberania e do reconhecimento social do Estado brasileiro. Como já tivemos a oportunidade de salientar, “uma das heranças mais significativas da tradição portuguesa em nossa cultura político-jurídica está no aparato burocrático, que dá sustentação à máquina administrativa do Estado brasileiro. (...) Historiadores insuspeitos como Charles R. Boxer reconhecem a qualidade da estrutura burocrática que Portugal legou aos componentes de seu antigo Império de Ultramar”. Como nota visível dessa utilidade simbólica e funcional da burocracia a serviço da ordem jurídica, tem-se o desenvolvimento das chamadas carreiras jurídicas de Estado no País, cujas raízes deitam sua estirpe



nas antigas corporações de procuradores dos feitos da Coroa e Fazenda Nacional, nos juizes de paz e nos juizes de fora, nos provedores, corregedores e desembargadores. Há, por assim dizer, “uma linha permanente de tradição, no sentido próprio do termo, a saber, da sucessão por entrega de um plexo de valores, estruturas e procedimentos de geração a geração. É esse *savoir faire* que se revela no quotidiano de nossas relações político-administrativas, enaltecendo a marca positiva desse passado que se faz presente”.³

Dado o caráter fragmentário destas reflexões, não é possível avançar muito nesse ponto, tão susceptível de desdobramentos dos mais ricos. Fique-se, contudo, com a anotação de que o fortalecimento ou enfraquecimento dessa estrutura burocrática, em larga medida, pode ser enxergado sob o pano de fundo de lutas entre agentes econômicos, poderes não-estatais ou núcleos burocráticos regionais (ilhas burocráticas, se assim se lhes pode chamar) contra uma certa noção de “*estatalidade jurídica não-patrimonial*”. Haveria, por conseguinte, um dilema existencial no Brasil, desde suas origens e que até hoje se conserva: a luta entre *localistas* e *unionistas* (com o paralelo histórico evidente com os textos de Hamilton, em *The federalist papers*) e o conflito entre *estatalistas* e *patrimonialistas*.

Nesses embates, em diversas ocasiões, o elemento político-simbólico (o Poder Monárquico, com sua face mais notória, o Poder Moderador) e o político-militar (os regimes de força, que empolgaram o antigo Poder Moderador) atuaram como forças de intervenção permanente. Hoje, parece ser uma verdade pouco contestada que o poder simbólico se radizou no Judiciário, a semelhança do que se deu na Alemanha Federal, no pós-guerra.

Antes de se passar para a próxima premissa, que já se esboçou no parágrafo anterior, cumpre destacar um último ponto: o discurso de menoscabo ao *poder de proteção* (muita vez simbólica) da burocracia sobre o Estado de Direito é grandemente semelhante ao usado pelos regimes totalitários dos anos 1930, em face de seus antípodas democráticos. Em *A invenção das tradições*, obra coletiva organizada pelo historiador comunista Eric Hobsbawn, descreve-se o uso das alegorias e dos elementos cenográficos pelo fascismo, o nacional-socialismo e o stalinismo em contraponto à (re)construção dos mitos régios na Grã-Bretanha, que reelaborou cerimônias de bodas e exéquias reais.⁴ A (re)construção de antigas formas (em larga medida, “imaginadas” ou “inventadas”) pela democracia britânica era a metáfora de uma *tradição* (e de uma estabilidade) do Estado de Direito contra a energia *moderna* de regimes autoritários. Hitler invadira a Polônia, sob o prestígio de uma fraude, por meio de ardis e ataques sem aviso prévio. Um arauto, com roupas medievais, proclamaria, em nome do rei, o estado de guerra contra a Alemanha, na entrada do Parlamento, seguindo as normas internacionais. Ao receber essa notícia, Hitler teria dito “essa será a última vez em que um país fará uma declaração formal de guerra”. Os agentes totalitários abominam as formas e os elementos simbólicos, que dissuadem a Força e que se prestam a uma *teologia* dos tempos modernos, na qual o Direito e o Estado ocupam posições centrais.

A segunda premissa está na existência de um **conflito permanente de forças horizontais e verticais** pelo controle do



Fotos: Carlos Humberto/SCD/STF

José Antonio Dias Toffoli, Ministro do STF

Estado e sua produção nomogenética (algo que, modernamente, parece se transferir para a função nomointerpretativa).

Como realçado anteriormente, é nítida a conflagração entre forças patrimonialistas e estatalistas. De partida, é imperativo afastar algumas tentações do reducionismo categorial, quando se usa dessas ferramentas terminológicas. Não se põem em causa aqui conceitos como livre iniciativa, modo capitalista de produção ou apropriação da força de trabalho pelo capital. A dinâmica marxiana e seus modelos, que, em muitos casos, simplesmente dão explicações *novas* a respeito de fenômenos antigos, como o uso da força pelo mais poderoso como mecanismo de supremacia de classe, não precisa ser invocada para o modelo aqui exposto. Ela tem sua valia e não se podem esquecer algumas de suas lições, sob pena de se cair em platitudes e obviedades. O certo é que sempre existiu, desde antes do nascimento político do Brasil, a noção de que o Estado deveria ser pilhado e apropriado por determinadas forças sociais. Poderíamos chamar esse fenômeno de *conflito vertical*, ou de “grande” conflito, porque ele se opera tanto no que se conhece por Estado-União, como no Estado-



Unidades-federativas. Há símbolos desse “patrimonialismo”, alguns dos quais expressamente combatidos pela Constituição de 1988, como a nova ordenação jurídica dos serviços registrares e notariais (artigo 236, § 3º, CF/1988), com a imperatividade do concurso público e o não-reconhecimento judicial dos atos jurídicos contrários à nova ordem constitucional. Destaque-se, ainda, situações como: a) o reconhecimento da impossibilidade da usucapião de bens públicos (artigo 183, § 3º, CF/1988); b) a universalidade da investidura por concurso público (artigo 37, CF/1988). Em muitos casos, coube ao Poder Judiciário tomar parte nesses conflitos, como outrora já fizeram o imperador (por meio do Poder Moderador) e os presidentes da República (em momentos de crise institucional) e dar *enforcement* ao antipatrimonialismo. A noção do Estado como uma “viúva”, desvalida e sem protetores, é muito antiga e simboliza essa predatória relação de certos grupos sociais (em larga medida assimétricos) com o domínio do Governo. A apropriação do Estado, inclusive por processos democráticos, serviu, em muitos momentos, para legitimar práticas patrimonialistas.

Esse patrimonialismo, ressalte-se, não se limitava à dicotomia *público-privado*. As forças patrimonialistas, em diversas circunstâncias, apropriaram-se de *partes* do Estado para se imunizar contra a intervenção do próprio Estado. É esse o ponto de ligação entre os conflitos *verticais*, acima expostos, e os *horizontais*. A instalação de grupos hegemônicos setoriais ou regionais no Estado-Unidade-federativa era uma forma de patrimonialismo contra o Estado-União. Nesse sentido, muitos dos conflitos entre forças *localistas* e *unionistas* são meras projeções dos embates entre os que compreendem o Estado como um instrumento patrimonial e os que o desejam voltado para a construção interna de seus deveres constitucionais e para a afirmação (externa) de sua soberania.

Chega-se, assim, ao *conflito horizontal*. É esse o mais perceptível e historicamente evidenciado. Os pais fundadores do Estado brasileiro, quando da construção da independência em 1822, optaram por um modelo monárquico e centralizador. A experiência das vizinhas e recém-libertadas repúblicas da América espanhola foi deveras negativa. A ausência do poder simbólico da Monarquia, sustentáculo de um Império multiétnico, como o austro-

húngaro⁵, e a sucumbência aos apetites das forças *localistas* – as chamadas *elites regionais* – foram causas preponderantes do fracasso do projeto de uma “Grande América”, sonhado por Simon Bolívar. Por outro lado, a construção da unidade territorial norte-americana não poderia servir de modelo para o Brasil. **Poucos percebem que os Estados Unidos nasceram como treze colônias – uma pequena faixa oriental da América do Norte – e não como um imenso gigante territorial, como era o Brasil em 1822, um Império!** Além disso, a chamada Guerra de Independência de 1776 (na verdade, 2 guerras, pois outra se daria em 1812) não passou de uma grande conflagração civil entre os colonos lealistas (ao rei Jorge III) e os favoráveis à autonomia em face de Londres. Tanto é verdade que houve, após a Primeira Guerra de Independência, uma migração em massa dos lealistas (derrotados) para o território do Canadá. E, em 1812, a Segunda Guerra de Independência não passou de uma tentativa de impedir que o Canadá fosse incorporado aos Estados Unidos. Como cenário desses embates, os conflitos entre federalistas e republicanos, uma espécie de transposição para a realidade norte-americana dos que se chama aqui de *conflitos horizontais*.

A opção de 1822 é em tudo semelhante ao modelo habsburgo de um império centralizado, com fundamento na figura de um monarca, líder das forças armadas e sustentado numa ordem jurídica burocrática, de grande eficiência. **A tentativa de cotejar o modelo republicano dos Estados Unidos de 1776 (uma nação minúscula, se comparada ao Brasil de 1822) com as escolhas feitas por ocasião de nossa Independência soam artificiais, para se dizer o menos.** Em 1824, deu-se o complemento jurídico ao processo político de 1822. A Constituição Imperial de 1824 é um texto de elevada qualidade técnica e serviu com grande eficiência à estruturação do país como uma gigantesca unidade territorial. O conturbado processo constituinte, interrompido bruscamente pelo imperador D. Pedro I, produziu material de relevo para o anteprojeto de Constituição outorgada, cuja elaboração coube precipuamente ao Marquês de Nazaré, ao Marquês de Caravelas e ao desembargador Francisco Carneiro de Campos. De Caravelas, o marquês, participou ativamente nos debates da Assembleia Constituinte, como demonstram as atas, tomando posições em favor do *centralismo* e de muitos pontos normativos que até hoje influenciam o constitucionalismo brasileiro. Leituras históricas apressadas – e pouco afeitas ao Direito – tentam desmerecer a Constituição Imperial, como sendo um documento autocrático, mas esquecem que ela foi a alternativa possível em um conflito *horizontal*, cujo resultado está na vitória dos *unionistas*.

A participação popular, outro ponto negligenciado, deu-se com a votação da Constituição pelas câmaras de vereadores do Império, o que não deixa de ser curioso sob todos os aspectos.

Os reflexos desses conflitos horizontais até hoje se manifestam no Brasil. No Império, as forças *unionistas*, tendo o imperador, a burocracia e o Exército (em tudo semelhante ao que se dava no Império Austro-Húngaro) como seus principais símbolos, desenvolveram mecanismos de permanente defesa do projeto de 1822-1824. A nomeação dos presidentes de províncias era uma valsa política. Pernambucanos governando

o Rio Grande do Sul.⁶ Desembargadores mineiros em Tribunais sergipanos. Oficiais militares percorriam todo o país, misturando-se em quartéis e navios, unificando a nação recém-libertada. A troca de experiências, a construção idealizada de uma “comunidade nacional”, por meio de valores comuns, era o saldo desse processo de transferência de membros das elites políticas, jurídicas e militares pelas diversas regiões do Império.

Na sequência a esse período de consolidação da *monarquia continental*, deu-se a abdicação do imperador D. Pedro I, em larga medida pelo fracasso na campanha da Cisplatina, que esgarçaria os sonhos autonomistas da província de São Pedro do Rio Grande, e pelos problemas de composição dos quadros dirigentes do Império. Havia, ainda, o problema da transferência efetiva de poder dos elementos lusitanos para os genuinamente brasileiros, o que alimentava constantes dissídios entre as forças de sustentação do poder pessoal do imperador.

Os conflitos horizontais, contudo, permaneciam em tensão contínua. As quedas de sucessivos gabinetes imperiais eram um exemplo da necessidade de acomodação de forças e um imperativo político para que esses embates permanecessem no campo não-bélico. O exemplo das revoltas do período da Regência era permanentemente recordado: as divergências entre o modelo *unionista* e *localista* conduziram o país ao estado de guerra civil.

Esse processo ultrapassará o século XIX e, com a crise do modelo monárquico, cujo ápice (em uma perspectiva muito simplificada, reconheça-se) esteve na quebra da lealdade militar ao imperador, será reconvertido na República. Do poder moderador, passa-se ao estado de sítio, na Primeira República. Os militares, com o discurso *unionista*, ditado pela maneira como suas carreiras são constituídas, sob o signo da “comunidade nacional”, assumem os mecanismos de equilíbrio de forças na federação.⁷

A redemocratização e o processo constituinte de 1987-1988 abriu espaço para o surgimento de novos atores no cenário dos conflitos horizontais e verticais, como jovens carreiras jurídicas de Estado (advocacia pública, v.g.) e para a ampliação expressiva do papel interventivo do Poder Judiciário, no que se refere ao patrimonialismo e ao sequestro do Estado-Unidade-Federativa por forças locais. A conflituosidade bélica, *que nunca foi bem aceita pelo espírito brasileiro, desde sua formação nacional, e mesmo antes dela*, aparentemente foi abandonada de todo e ao Judiciário é que se cometeu o antigo papel de moderação simbólica, em cuja base, está a *crença no mito*, pois, como bem sustentou Francisco Campos, sua força decorre “da crença no seu valor teórico, pois um mito que se sabe não ser verdadeiro deixa de ser mito para ser mentira”.⁸ O enfraquecimento da força parlamentar – fenômeno universal nos dias de hoje – tornou mais visível esse novo mister político-jurídico do Poder Judicial, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como já tive a oportunidade de salientar em voto proferido no MS nº 30.260.⁹

Recentes julgamentos do STF, como a ADI nº 4.638 (Caso CNJ), dão a oportunidade para se identificar os elementos que historicamente têm pautado esses conflitos horizontais e verticais, destacados na segunda premissa desse ensaio. Veja-



José Antonio Dias Toffoli, Ministro do STF

se o que tivemos a oportunidade de salientar em nosso voto, por ocasião do referido julgamento:

Contudo, ao longo da Primeira Regência, verificou-se uma absoluta falta de uniformidade na disciplina do Judiciário brasileiro, do Judiciário nacional, surgindo a necessidade de se promover o assim denominado regresso. Foi, então, editada a Lei de Interpretação do Ato Adicional, de 12 de maio de 1840, capitaneada pelo Visconde de Uruguai, Paulino José de Sousa, lei essa que estabeleceu uma hermenêutica restritiva da autonomia das assembleias provinciais, cujo cerne era exatamente o Judiciário. Naquela época, já se indagava: Quem deve disciplinar o Judiciário? As assembleias locais ou a nação? Deve-se ter uma disciplina uniforme ou uma disciplina disforme, respeitando as vontades locais? Na época, o rótulo do debate era “conservadores *versus* liberais”. Os conservadores defendiam uma maior autonomia da nação, do poder central perante

as províncias; enquanto os liberais defendiam, ao argumento de que isso seria mais democrático, que, por estarem mais próximas do povo, às assembleias locais deveria caber disciplinar o autogoverno da respectiva província, a sua auto-organização, inclusive quanto ao Judiciário.

Com a República, esses rótulos mudaram de liberais e conservadores para federalistas – aqueles que defendem um maior poder das assembleias estaduais – e republicanos – aqueles que defendem o maior poder da Nação.

Como se vê, esse debate perpassa a história brasileira até os dias atuais e a criação do Conselho Nacional de Justiça é resultado desse processo histórico. Os embates entre os defensores dessa nova forma de controle do Poder Judiciário e seus adversários foram marcados por uma diferenciada visão das atividades de correção, planejamento e organização da magistratura.

De um lado, aqueles que acreditavam na suficiência do modelo então em vigor.

De outro, os que percebiam o esgotamento das estruturas constitucionais e legais, cuja manutenção implicaria a contestação do Poder Judiciário como instituição apta a corresponder às expectativas do povo brasileiro.¹⁰

Convém apresentar um sumário das ideias expostas nesse ensaio, que é uma peça literária sem grandes ambições, como disse Ortega y Gasset, “a ciência sem prova explícita”.

O Brasil contemporâneo convive com os benéficos resultados de um aparato burocrático de origens quinhentistas, ainda pautado por uma ideologia simbólica e pelo sentido de dever. Ibsen Noronha anota, com base em sólida pesquisa de fontes históricas, que “a cultura jurídica no Brasil começou a manifestar-se logo quando da chegada da primeira missão jesuítica enviada pelo rei D. João III”.¹¹

A posse de um conjunto orgânico de servidores é um dos grandes méritos do Brasil e permite distingui-lo de outras nações, cujos processos históricos e econômicos contemporâneos são muito similares. A segurança jurídica, por exemplo, seria um mero enunciado retórico, lastreado em documentos normativos

sem conteúdo, acaso não existissem as carreiras de Estado, unidas pelo consenso em torno de uma “comunidade nacional imaginada”, como diria Benedict Anderson.¹²

O “grande” conflito – estatelistas e patrimonialistas – e o “pequeno” conflito – localistas e unionistas – são duas manifestações sócio-jurídico-políticas que deitam raízes na formação do Brasil. E, não é possível compreender a realidade atual do Poder Judiciário e de sua (aparente) crise sem que esses dados sejam colocados em mesa. Sob esse aspecto, cabe um chamado aos responsáveis pela investigação científica em Direito, História e Ciências Sociais, a fim de que se abandonem certas premissas e que se busquem novos horizontes para um Brasil que parece ter finalmente se reencontrado com sua vocação continental. A centralidade do Direito é um reflexo desse novo momento vivenciado no país. A solução de controvérsias por meios não-bélicos – um dos grandes avanços do *constitucionalismo da Nova República* – é a retomada da antiga tradição imperial brasileira nesse campo. Cabe agora compreender que o Brasil precisa se libertar de amarras a seu desenvolvimento social, por meio da liberação de energias do Estado, para a realização de uma política maciça de expansão do *status civitatis*.¹³



NOTAS

¹ Kelsen, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de José Antonio Dias Toffoli e Otavio Luiz Rodrigues Junior. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2012. p. 72.

² DIAS TOFFOLI, José Antonio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estudo introdutório à terceira edição brasileira. In: Kelsen, Hans. *Op. cit.* p. XXXV.

³ DIAS TOFFOLI, José Antonio. Apresentação. In: GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords). *Conclusões do II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado*. Brasília: IP, 2011. p. 11.

⁴ HOBBSAWN, Eric; RANGER, Terence (Orgs). *A Invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

⁵ Não se deve esquecer que a imperatriz Leopoldina, esposa de D. Pedro I e mãe do futuro imperador Pedro II, era uma Habsburgo. Sua participação no processo de independência é destacada por muitos historiadores. Mais do que um vínculo puramente genealógico, não deixa de ser interessante essa ligação do Império do Brasil com o Império Austro-Húngaro.

⁶ Como já assinalamos em manifestação de voto: “(...) foi a grandeza, principalmente, do José Bonifácio em pensar, nosso patriarca, o estado unitário, que a solução do estado unitário manteria a unidade das várias elites regionais, e, com isso, a única solução seria a Monarquia e o Império, sob pena de acontecer com a nação brasileira o que ocorreu com as colônias espanholas. E o Imperador nomeava para presidir as províncias autoridades nascidas em outra localidade, portanto alienígena àquela dada elite local” (MS 30260, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-166 30-8-2011).

⁷ E desenvolvem uma nova *mitologia* em torno desse exercício do poder do Estado, como bem aponta José Murilo de Carvalho (*Forças Armadas e política no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 167): “(...) desde a Guerra do Paraguai e, sobretudo, desde a República, os militares se sentem donos absolutos do patriotismo e credores da gratidão da pátria”.

⁸ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 16.

⁹ “Não há uma elite, um liame único nacional, ideológico, por conta da Federação e da complexidade; Federação essa que deu origem à criação deste Tribunal como poder moderador da Federação, que é a competência nossa prevista no artigo 102 da Constituição” (MS 30260, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-166 30-8-2011).

¹⁰ Manifestação de voto na ADI 4638, Relator Min. MARCO AURÉLIO, 2.2.2012, acórdão pendente de publicação.

¹¹ NORONHA, Ibsen. *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista: Consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 85

¹² ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução Denise Bottman. São Paulo : Companhia das Letras, 2008.

¹³ “Reduzindo-se o âmbito do exame desse processo histórico ao campo correicional, é evidente que a missão do CNJ era romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das Corregedorias dos Tribunais. Essa viragem foi uma das marcas mais significativas do novo regime jurídico-disciplinar inaugurado pelo CNJ. Na realidade, ele subtraiu o controle da moralidade administrativa da magistratura dos órgãos e das elites judiciárias locais, para colocá-lo em poder de um elemento externo, nacional, descomprometido com as particularidades regionais. É o avanço do elemento republicano sobre o federalista, naquilo que se concentra com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do Direito por grupos específicos. Mas, como disse Victor Hugo, em *Os Miseráveis*, a marcha da História é inexorável. Quando muito se consegue retardá-la, mas, quando as energias do tempo irrompem, os efeitos dessa retomada são muito mais drásticos. Se, como disse o autor francês, a reação deteve a mudança nos campos de batalha de Waterloo, em 1815, e no Congresso de Viena, a revolução fez-se duplamente implacável em 1848.” (Decisão, MS 29187 MC / DF - Relator Min. DIAS TOFFOLI, 15/12/2010).

A LIÇÃO DE SAN TIAGO

Marcílio Marques Moreira

Presidente da Comissão de Ética Pública, ligada à Presidência da República

A parcimônia com que foi celebrado o centenário de San Tiago Dantas demonstra o pouco apreço que dedicamos à memória de homens cuja vida e obra, ao enriquecer nossa trajetória política, devem servir de exemplo a todos os que se preocupam com os destinos do País.

San Tiago, cuja memória nem de longe corresponde à contribuição que prestou ao País em meados do século passado, inseriu-se desde cedo, através de intensa atividade intelectual, no radical embate de ideias, então em curso, entre modelos antagônicos: democracias com economia de mercado, de um lado, regimes totalitários – Fascismo, Nazismo, Comunismo – de outro. Não ficou imune à polarização, mas não a refletia passivamente, ao aliar percepção aguda dos desafios ao engajamento de a eles responder.

Para concretizá-lo, propôs-se a percorrer três degraus. No primeiro, a que dedicou as décadas dos 30 e dos 40, concentrou-se em acumular e fortalecer seu SABER, chegando a reger quatro cátedras universitárias em disciplinas distintas. A década dos 50, por sua vez, foi dedicada à atividade profissional. Saber acumulado e inteligência invulgar lastrearam a advocacia civil, cuja competência e habilidade contribuíram para consolidar o TER, enquanto o final dos 50 e início dos 60 serviram à busca do PODER. Seguiu a sequência que recomendava aos alunos, a quem aduzia advertência de impressionante atualidade: nunca se deve utilizar o TER para conquistar o PODER e, em hipótese alguma, usar o PODER para engordar o TER.

Reformador por excelência, acreditava na capacidade de renovação das classes populares, mas entristecia-se pelo despreparo das elites, que convocava a modernizar-se para modernizarem o país, dando prioridade à Educação, Ciência e Cultura.

Deputado Federal por Minas desde 1959, assume no governo parlamentarista, iniciado em setembro de 1961, a pasta das Relações Exteriores, à testa da qual arejou a diplomacia brasileira, imprimindo-lhe marca indelével – a “Política Externa Independente” que, sem adesões automáticas e animosidades desnecessárias, se pautou pelos interesses nacionais permanentes: a busca do desenvolvimento, a paz universal e os direitos humanos.

Indicado Primeiro-Ministro para suceder a Tancredo Neves, enfrentou raivosa oposição. Almino Afonso advertiu a Câmara, em vão, que ela vivia “dia de definição”, ou consolidava as instituições democráticas, dando ao País um Governo à altura do momento, ou as liquidaria. Nomeado Ministro da Fazenda, na volta do Presidencialismo, sua curta gestão não resistiu à



radicalização interna e ao insuficiente apoio externo. Mas, San Tiago não esmoreceu no esforço contra a desconstrução da democracia e a favor das reformas modernizadoras.

No início de 64 reuniu políticos de amplo espectro na “Frente Progressista de Apoio às Reformas de Base”, visando a “conquistas aluviais” que assegurassem normalidade institucional, em vez de precipitação voluntarista ou contemporização complacente, para ele deslealdades à História, condenadas como tal, à efemeridade.

Tancredo conta que, após o golpe de 64, San Tiago pediu-lhe compreensão para com a Revolução: “era uma fatalidade histórica e, como toda fatalidade, o seu esgotamento será inevitável”. Ofegante, concluiu: “Aí, então, recolhemos os seus destroços para, com eles, construirmos a nova democracia, numa Pátria redimida”.

Enxergando muitos lances à frente no xadrez da vida e da morte, relega o secundário para concentrar-se em “ideias mestras”. Embora muitos de seus projetos de reforma não tenham produzido frutos imediatos, deixou-nos preciosa herança – “o dom de si mesmo” – capaz de nos inspirar até hoje pelo exemplo e pela germinação das sementes que plantou. Mas, como seguir exemplos edificantes e colher os frutos das sementeiras, se a população os desconhece? Só a dedicação redobrada à preservação da memória será capaz de transformar as lições de amor ao Brasil, que estadistas como San Tiago nos legaram, em levedura de seu inadiável *aggiornamento*. 

COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER AVANÇA NO BRASIL

O combate à violência contra a mulher avança ainda mais no Brasil. A última demonstração disso ocorreu em fevereiro último. Nesse mês, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Ministério Público pode apresentar denúncias contra os agressores independentemente do consentimento da vítima. Antes da determinação, bastava ela retirar a queixa para que o processo fosse arquivado.

A decisão foi por 10 votos. Os ministros da mais alta corte firmaram, na ocasião, o entendimento de que os suspeitos de cometer lesões corporais leves serão processados com base na Lei Maria da Penha, em ações penais públicas. Isso quer dizer que os processos de agressões contra a mulher não poderão mais ser julgados por juizados especiais. A decisão decorre da apreciação de dois processos relativos à aplicação da Lei Maria da Penha. Na primeira ação, a União pedia o reconhecimento da constitucionalidade da norma, no que diz respeito à diferenciação das mulheres em relação aos homens. Por unanimidade, o STF manteve a legislação aplicável estritamente em defesa da mulher.

A segunda ação fora proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR). Para o órgão, condicionar a ação judicial à representação por parte da vítima fere o “princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares”.

No julgamento, prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio. O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, comemorou a decisão. De acordo com ele, as queixas contra os agressores são retiradas em 90% dos casos. Geralmente as mulheres desistem da ação quando são chamadas para comparecer à Justiça para a chamada “audiência de confirmação”, na qual expressam a vontade em processar o agressor – no caso o próprio marido, companheiro ou ex.

Para o PGR, “a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais

leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres vítimas desse tipo de violência, efeitos desproporcionalmente nocivos”.

De acordo com ele, o Estado deve agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional.

Julgamento

O julgamento foi acalorado. Primeira a proferir o voto após o voto do relator, a ministra Rosa Weber afirmou que exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação atenta contra a própria dignidade da pessoa humana. “Tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança”, afirmou.

Opinião semelhante teve o ministro Dias Toffoli. Ele ressaltou que o Estado é “partícipe” da promoção da dignidade da pessoa humana – independentemente de sexo, raça e opções, conforme prevê a Constituição Federal. “O Estado deve assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, afirmou.

O ministro Joaquim Barbosa também afirmou que a Constituição Federal estabelece meios para garantir os direitos de quem se encontra em situação de vulnerabilidade. Na avaliação dele, quando o legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do STF rever as políticas no sentido da proteção.

Já o ministro Ricardo Lewandowski destacou, do avanço para o combate à violência doméstica, a possibilidade de o Ministério Público promover a ação penal independentemente de a vítima prestar queixa. “Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres – como está demonstrado estatisticamente – não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em



razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade”, disse.

Também favorável à tese defendida pela PGR, o ministro Luiz Fux defendeu não ser razoável exigir-se da mulher que apresente queixa contra o companheiro num momento de total fragilidade emocional, em razão da violência que sofreu. “Exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental, porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétrea”, disse.

Na avaliação do ministro Ayres Britto, a decisão é importante para a concretização da Justiça. De acordo com ele, em um contexto patriarcal e machista, a mulher agredida tende a condescender com o agressor. “A proposta do relator, no sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública, me parece rimar com a Constituição”, disse.

Para a ministra Cármen Lúcia, a decisão evidencia a mudança de mentalidade pela qual passa a sociedade no que se refere aos direitos das mulheres. Na opinião dela, é dever do Estado adentrar ao recinto das “quatro paredes”, quando na relação conjugal que se desenrola ali houver violência.

“A interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se exatamente na proteção maior à mulher e na possibilidade, portanto, de se dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir qualquer violência doméstica. E isso que hoje se fala, com certo eufemismo e com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, não é bem assim. Na verdade, as mulheres não são vulneráveis, mas sim maltratadas, são mulheres sofridas”, defendeu.

O ministro Celso de Mello esclareceu que o STF decidiu de acordo com o que estabelece a Constituição. “Sob esse aspecto, o ministro-relator deixou claramente estabelecido o significado da exclusão dos atos de violência doméstica e familiar contra a

mulher do âmbito normativo da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, com todas as consequências, não apenas no plano processual, mas também no plano material”, comentou.

Outro a votar com a maioria foi o ministro Gilmar Mendes, mesmo confessando ter dificuldade em saber se a melhor forma de proteger a mulher é a ação penal pública condicionada à representação da agredida ou a ação incondicionada. Ele explicou que em muitos casos a ação penal incondicionada poderá ser um elemento de tensão e desagregação familiar. “Como estamos aqui fixando uma interpretação que, eventualmente, declarando a norma constitucional, poderemos rever, diante, inclusive, de fatos, vou acompanhar o relator”, concluiu.

Divergência

O presidente do STF, ministro Cezar Peluso, foi o único a divergir. Ao votar, ele alertou para os riscos que a decisão poderá causar na sociedade. De acordo com ele, não é apenas a doutrina jurídica que se encontra dividida quanto ao alcance da Lei Maria da Penha. E disse que, se o caráter condicionado da ação foi inserido na lei, houve motivos justificados para isso.

“Não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal”, defendeu.

Peluso também questionou a interpretação majoritária de que os casos de violência doméstica não devem mais ser submetidos aos juizados especiais. “Sabemos que a celeridade é um dos ingredientes importantes no combate à violência, isto é, quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia. Além disso, a oralidade ínsita aos Juizados Especiais é outro fator importantíssimo porque essa violência se manifesta no seio da entidade familiar”, disse.



TRANSAÇÃO OU ACORDO

POSSÍVEL A SUA HOMOLOGAÇÃO

APÓS JULGAMENTO DE APELAÇÃO?

Maximino Gonçalves Fontes Neto

Membro do Conselho Editorial

Advogado

Com o advento do Código Civil de 2002, incluiu-se a transação na categoria de contrato inominado, conforme disciplina das regras contidas nos seus artigos 840 e seguintes, diversamente do que ocorrera com o tratamento previsto no Código Civil de 1916, em seus artigos 1025 a 1036, como uma das formas de extinção indireta das obrigações.

Segundo o Código de Processo Civil vigente, a teor do seu art. 269, inciso III, trata-se de hipótese de extinção do processo com resolução de mérito.

No Código de Processo Civil de 1939, preconizava o seu art. 206, que “a cessação de instância¹ verificar-se-á por **transação** ou desistência homologada pelo juiz” (grifou-se).

Consoante observara Washington Barros Monteiro (*in Curso de Direito Civil*, Vol. 4 – *Direito das Obrigações*, 23. Ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 308 e segs.), a grande maioria dos Códigos contemporâneos considera a transação como contrato, atribuindo-lhe, por isso, efeitos translativos de direitos.

Nesse sentido, o Código Civil Francês e o Código Civil italiano de 1942, observa Caio Mário da Silva Pereira (*in Instituições de Direito Civil*, V. III, 11. Ed. de acordo com o Código Civil de 2002, Rio: Forense, 2003, p. 507)

O Código Civil Brasileiro de 1916, contudo, afastando-se dessa orientação, incluiu a transação entre os meios extintivos de obrigações, com efeitos meramente declarativos, orientação

aplaudida por Clovis e Carvalho de Mendonça, acentua o saudoso autor.

Opondo-se a essa posição, o eminente Professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, já naquela época, sustentava, com invulgar e costumeiro brilho, que “a transação é contrato, porquanto resulta de acordo de vontades sobre determinado objeto”. Para tanto, a invocava a frase genial de Carnelutti: “é a solução contratual da lide”.

Registre-se, a propósito, que os autores referidos já enfatizavam, naquela época, que não existe, em toda técnica jurídica, vocábulo tão frequentemente usado e tantas vezes radicalmente deturpado, em seu significado, como *transação*.

Com efeito, na linguagem comum, transação corresponde a negócio. Fala-se em transação comercial, transação bancária, transação de Bolsa e hoje até em transação eletrônica, com registros de débito e de crédito em cartões eletrônicos, na linguagem usual na área de informática.

De fato, tratam-se de expressões que ensejam falsa ideia do instituto, a ponto de a própria lei usá-la no sentido vulgar², observando-se que, em todos esses casos, transigir significa apenas negociar.

Em seu sentido técnico, observara o emérito Professor da USP que se tornava essencial à transação: (a) a reciprocidade do ônus e vantagens; (b) a existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes.



Por seu turno, Caio Mário da Silva Pereira inclui o acordo, mediante declaração de vontade dos interessados; extinção ou prevenção de litígios e incerteza em torno do direito de cada um dos transatores, ou, ao menos, de um deles (ob. cit. p. 507/508), como elementares à transação.

Postas tais considerações acerca da figura jurídica da transação, passa-se, a seguir, a examinar determinada questão surgida em processo judicial, em que as partes celebraram transação acerca de direitos disponíveis, sendo que, após haver sido julgada apelação, foi proferida a seguinte decisão: “Feito julgado. Estou deixando a homologação para o Juízo do 1º grau.”

Em seguida, o apelado requereu a não-homologação da transação, sendo acolhido esse pleito pelo Juízo de 2º grau, que o teria interpretado como tendo havido retratação, desistência da transação.

No primeiro momento, a eminente Magistrada de 2º grau entendeu que, após o julgamento da apelação pela Câmara Cível, ao Juízo de 2º grau falecia competência para homologar transação celebrada entre a apelante e o apelado.

No segundo, embora, literalmente, o apelado não haja utilizado tais termos, limitando-se tão somente ao pedido de não-homologação, a eminente Magistrada interpretou esse pedido como sendo de retratação, de desistência da transação.

Essas são, pois, as duas questões:

Na primeira questão, poderia a eminente Magistrada de 2º grau deixar de homologar a transação, se presentes se encontravam, na espécie, todos os seus elementos essenciais, posto que se está diante de contrato de transação?

Na segunda, admissível é a desistência, retratação de transação então formalizada pelas partes, a depender tão somente da sentença homologatória?

Observe-se que, na primeira indagação, a questão coloca-se no plano processual; enquanto na segunda, situa-se no âmbito apenas de direito material.

Assim, com relação à primeira questão, urge salientar que, com o advento do Código Civil de 2002, a divergência que havia na doutrina, acerca da natureza jurídica da transação, ficou dissipada, pois entendeu o legislador de 2002 que, deixando de ser meio extintivo indireto de obrigações, passou a categoria de contrato, resultante de acordo de vontades sobre determinado objeto.

Desse modo, em sintonia com a grande maioria dos Códigos contemporâneos, repita-se, ao contrato de transação, com o condão de atribuir efeitos translativos de direitos, aplica-se o princípio da força obrigatória que, em sua expressão mais objetiva, consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, conforme adverte Orlando Gomes (in *Contratos*, 2. Ed., Rio: Forense, 1966, p. 36).

Celebrado que seja, com observância de todos os seus pressupostos e requisitos necessários à sua validade, o contrato deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos, assevera o eminente e saudoso autor.

No processo referido, a servir de ilustração para o presente debate, estavam presentes todos os elementos essenciais do contrato de transação, sendo que nenhum defeito insanável foi reconhecido na espécie (objeto ilícito, incapacidade das partes ou irregularidade do ato), sequer eventual incapacidade civil

então alegada, por não se presumir (Theotônio Negrão, em obra conjunta, *Código Civil e legislação civil em vigor*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, art. 3º, nota 7, p. 45), dependendo da interdição (art. 1177 e segs. do CPC).

Aliás, tornava-se necessário que se suspendesse o processo judicial; a teor da regra contida no art. 265, inciso I, do CPC, não se poderia prosseguir no procedimento.

Pois bem, uma de duas: ou se suspendia o processo para apurar eventual interdição; ou, ao contrário, se havia contrato de transação, essa avença deveria ter sido respeitada, por força da regra contida no art. 126 do CPC, a preconizar que o Magistrado **"no julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais"**.

No entanto, a eminente Magistrada entendeu que: **"(...) Conforme já analisado, o autor se retratou e desistiu do mesmo, e as apelações de há muito foram julgadas, cessando a competência desta Relatora para atuar"**, negando a aplicação do art. 840 e segs. do Código Civil e do art. 126 do CPC.

Como se observa, prosseguiu-se no feito, acolhendo-se a não-homologação da transação, porque teria havido retratação, desistência desse negócio jurídico.

Esse tema será examinado a seu tempo, ocupando-se, aqui, apenas da decisão da eminente Magistrada na parte grifada.

Com efeito, segundo acentua Aroldo Plínio Gonçalves (in *Artigo Conjunto*, encartado na Revista Dialética nº 74, 2009, p. 9/16), "registra-se forte tendência, no Direito brasileiro, de privilegiar a conciliação como meio de prevenir ou de solucionar litígios pela autocomposição dos interesses, dentro e fora do processo".

O acordo homologado em Juízo constitui meio hábil à composição de interesses em conflito e não somente é admitido em qualquer fase do processo, como é amplamente incentivado no âmbito do Poder Judiciário, como melhor forma de solução de litígios.

Sobrevindo, no processo, a transação, o Juiz não aprecia o pedido, não julga, nem resolve o mérito da lide, cabendo-lhe somente homologar o acordo celebrado, acentua o ilustre autor.

Deve-se aduzir que o Magistrado dirigirá o processo, conforme as disposições do CPC, competindo-lhe **"tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes"**, segundo a regra contida no inciso IV do art. 125, acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.94.

Esse é o sentido do moderno processo civil brasileiro, que inclui, dentre os deveres fundamentais do Juiz, para a definitiva pacificação dos litigantes, satisfação dos direitos e eliminação dos conflitos, o de tentar em qualquer tempo a conciliação entre as partes, também enfatiza Cândido Dinamarco (in *Instituições de Direito Processual Civil*, V. II, São Paulo: Malheiros, p. 239).

Daí o empenho da lei em exigir que o juiz se aplique nas tentativas de conciliação, não sendo essa uma simples recomendação aos juízes mais sensíveis ao valor da pacificação, mas **um autêntico dever** a ser cumprido, remata o emérito processualista.

Nesse, sentido são as campanhas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais, envolvendo os

órgãos do Poder Judiciário, **em todos os graus de jurisdição**, com o slogan "Conciliar é Legal", com a promoção da "Semana Nacional de Conciliação".

Nota-se, então, que é nesse contexto – pois, tudo adquire significado somente em relação a determinado contexto³ – que foi proferida a referida decisão **"(...) as apelações de há muito foram julgadas, cessando a competência desta Relatora para atuar"**, quando se propugna pela conciliação, em cujo campo encontram-se a transação e o acordo⁴.

Desse modo, é à luz desse contexto que devem ser interpretadas as regras contidas no art. 521 do CPC — que tem correspondência com o art. 463 do CPC —, segundo o qual o Magistrado não poderia inovar no processo, e as contidas no art. 269, inciso III, também do CPC.

Ora, se se deve privilegiar a conciliação, em cujo campo se inclui a transação, admitida em qualquer fase (art. 125, inciso IV, do CPC), não há antinomia entre essa regra, em que teria o Magistrado encerrado o seu ofício, e o art. 269, inciso III, do CPC, até porque o Juiz, no caso da transação, não julga, nem resolve o mérito da lide, apenas homologa o acordo.

Nesse caso, o Magistrado apenas homologa, concorda, se ausente qualquer defeito insanável (objeto ilícito, incapacidade das partes ou irregularidade do ato).

Assim, no concernente à primeira questão, verifica-se que não há óbice, para que a eminente Magistrada de 2º grau homologue a transação, mesmo após o julgamento da apelação, quando presentes se encontravam, na espécie, todos os seus elementos essenciais, posto que se está diante de contrato de transação.

Nesse sentido, é o julgado do STJ, da sua 5ª Turma, REsp 50.669-7-SP, relator Ministro Assis Toledo, j. 8.3.95, deram provimento parcial, v.u., DJU 27.3.95, p. 7.179: **"Acordo homologado pelo juiz para pagamento parcelado da dívida, após sentença de mérito que julgara procedente a ação. Possibilidade, sem que isso implique afronta ao art. 471 do CPC"**.

Na mesma linha desse entendimento é outro julgado do STJ, em que se encaixa como uma luva a hipótese *sub examen*, agora da sua 3ª Turma, REsp 613.690 – ES, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.6.2005, v.u., DJU 26.9.05: **"A oposição do sócio majoritário da sociedade de economia mista em regime de liquidação não impede que o Tribunal de origem examine o pedido de homologação de transação apresentada nos autos, após o julgamento da apelação, na via dos embargos de declaração."**

No voto condutor, o eminente Ministro Carlos Alberto Direito enfatizou que **"(...) O óbice posto pelo Tribunal local não é pertinente. Se as partes envolvidas, devidamente representadas, isto é, o autor da ação e a sociedade de economia mista em regime de liquidação resolveram transacionar para pôr fim ao litígio, a eventual contrariedade do sócio majoritário, no caso, o Espírito Santo, não tem o condão de impedir as partes de realizarem transação, porquanto não é parte na lide. Esse é o comando dos**

artigos 1025 e 1028 do Código Civil de 1916 (artigos 840 e 842 do Código Civil de 2002). Vale lembrar que até mesmo em fase de recurso especial, já iniciado o julgamento, interrompido por sucessivos pedidos de vista, é possível examinar pedido de homologação de acordo (REsp nº 237554/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrighy, DJ de 18/8/03)."

Conforme se infere, poderia e deveria ter sido homologada a transação, inexistindo qualquer óbice a que a eminente Magistrada, ou seja, que a Câmara Cível assim procedesse, porquanto a esse Juízo não falecia competência para homologá-la, naturalmente se ausente qualquer defeito insanável (objeto ilícito, incapacidade das partes ou irregularidade do ato).

Quanto à segunda questão, indaga-se se é admissível a desistência, retratação de transação então formalizada pelas partes, a depender tão somente da sentença homologatória.

Para tanto, cumpre ressaltar-se, no plano do direito material, que, conforme observa Orlando Gomes, o contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido, sendo que, estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações correspondentes a cada parte, as cláusulas que o constituem têm, para os contratantes, força obrigatória.

Além desse princípio, diz-se que o contrato é intangível, para significar-se a sua irretratabilidade do acordo de vontades.

Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou alteração de suas cláusulas, que somente permitem novo concurso de vontades, pois o contrato importa restrição voluntária da liberdade. Criando vínculo, nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz ou de libertação por ato seu, acentua, destacando que as cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, qualquer que seja a razão invocada por uma das partes.

Segundo o Código Civil de 2002 preconiza, em seu art. 421, "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Consagra-se, assim, o princípio da autonomia da vontade, sendo que "o conjunto do regime contratual aí encontra seu fundamento com o princípio da liberdade contratual, o consensualismo, a força obrigatória e o efeito relativo do contrato, desde que observada a função social (Luiz Guilherme Loureiro, in *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*, São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 45).

No Enunciado 22, aprovado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, destaca-se que "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas."

Na hipótese vertente, como o contrato obriga os contratantes, é inadmissível que um deles, unilateralmente, recuse-se a cumprir sua obrigação.

Para pôr fim ao contrato, é necessária a anuência dos contratantes ou a ocorrência de causa extintiva prevista em lei, sendo que a rescisão unilateral somente é admitida nos casos expressos em lei ou implicitamente o permita, operando-se mediante denúncia notificada ao outro contratante (art. 473 do Código Civil de 2002).

Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.

Irretratável o acordo, não há como as partes se desligarem do vínculo criado entre elas com a transação então celebrada, dada força obrigatória do contrato.

Por isso, assim se entende no julgado do STJ, através da 3ª Turma, no REsp 650.795, relatora a Ministra Nancy Andrighy, em 7.6.2005, deram provimento, v.u., DJU 15.8.2005, p. 309, no sentido de que **"(...) efetuada e concluída a transação, é vedado a um dos transatores a rescisão unilateral, como também é obrigado o juiz a homologar o negócio jurídico, desde que não esteja contaminado por defeito insanável (objeto ilícito, incapacidade das partes ou irregularidade do ato)"**.

Ante essas premissas, conclui-se que possível não é a desistência ou retratação de uma das partes, até porque é incabível a sua rescisão unilateral.

Conforme se depreende, as respostas às duas indagações são negativas, a evidenciar que transação celebrada, ainda que após o julgamento de apelação, pode ser homologada, desde que ausente qualquer defeito nos elementos essenciais do contrato.



NOTAS

¹ Instância – no sentido jurídico, é usado como designativo de grau de jurisdição: juízes de primeira ou segunda instância, havendo outras acepções, inclusive processual (Moacyr Amaral Santos, in *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2ª V., 3. Ed., São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 190);

² Decreto-lei nº 6.430, de 17 de abril de 1944, art. 1º, ao aludir às transações de terras particulares nas faixas ao longo da fronteira;

³ Conforme acentua, Maria Celina Bodin de Moraes (in *Constituição e Direito Civil*, artigo encartado na RT – 779 – setembro de 2000) afirma que o escritor Umberto Eco, querendo exemplificar essa assertiva, imagina uma situação prosaica. Diz ele: se indagarmos a uma pessoa normal se é lícito introduzir um instrumento cortante na barriga de outro ser humano, a resposta deveria ser negativa, porquanto isto é proibido por lei. Se, no entanto, especificarmos que quem introduz a lâmina é um cirurgião em uma sala de operação, então as pessoas normais estariam dispostas a reconsiderar o caso. Daí o significado (e, portanto, o conhecimento) advir sempre do contexto e o que parece coisa muito simples, às vezes e por circunstâncias variadas, pode tornar-se complexa e tortuosa;

⁴ Na doutrina tem-se distinguido, no âmbito processual, a conciliação, como transação provocada pelo Magistrado, e o acordo, como transação celebrada por iniciativa das partes e levada aos autos para ser homologada (Aroldo Plínio Gonçalves, ob. cit. p.9)

LUTANDO PELA VIDA

INICIATIVA DESENVOLVIDA EM PRESÍDIOS DO RIO DE JANEIRO
TEM CONTRIBUÍDO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DE EX-DETENTOS
E EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL

Entrevista: Carlos Eduardo Figueiredo, Juiz no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Disciplina, autoconfiança e autocontrole. É o que vem ensinando o projeto *Lutando pela Vida* a detentos do Rio de Janeiro. A iniciativa tirou da ociosidade presos de quatro unidades prisionais, a partir da instalação de academias equipadas para a prática do esporte dentro desses estabelecimentos. Em entrevista à Revista *Justiça & Cidadania*, o juiz da Vara de Execuções Penais (VEP) fluminense e coordenador do projeto, Carlos Eduardo Figueiredo, contou que os ambientes de treino foram inaugurados há quase dois meses. Ele explicou ainda como e por que o projeto nasceu.

De acordo com o magistrado, foi após conhecer o egresso Fábio Leão – hoje tricampeão carioca e vice-campeão brasileiro de *Muay thai*. “A história dele é bem interessante. Ele começou a praticar artes marciais na unidade prisional, mas em situações precárias. Então, quando o conheci vislumbrei essa possibilidade. Vi que outros “Fábios”, que estão no sistema, poderiam ser salvos por meio do esporte. Busquei parceiros para o projeto e já conseguimos montar quatro academias”, contou.

O projeto é desenvolvido em conjunto com a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. E conta com a parceria da *Pretorian Hard Sports*, empresa de material esportivo, e da Academia Delfim, especializada em artes marciais, responsável pela capacitação dos presos no esporte.

Atualmente, há academias em quatro penitenciárias. Figueiredo destacou que a ideia é instalar outras 10 até o meio do ano. “O esporte é fundamental para a ressocialização dos presos, pois trabalha coisas fundamentais: a capacitação e educação. A prática esportiva também traz benefícios à saúde.

Fotos: Luana Chipiolsk





Detentos beneficiados pelo projeto

É bom deixar claro, no entanto, que o preso só pode praticar esse esporte depois de um exame médico rigoroso, no qual é verificado se realmente tem capacidade física para realizar essa atividade. É checado ainda o comportamento do preso, o envolvimento dele com o crime, o tipo de delito praticado e o mérito carcerário dele”.

Confira a entrevista:

Revista Justiça & Cidadania – Como surgiu o projeto Lutando Pela Vida e quem é beneficiado?

Carlos Eduardo Figueiredo – O projeto alcança, inicialmente, os detentos do Rio de Janeiro. Mas há um desejo e um sonho de que seja expandido para o Brasil inteiro. Nesse sentido, cada vez mais a divulgação é importante para alcançarmos essa amplitude. A iniciativa surgiu de uma ideia que tive quando conheci o Fábio Leão, que ficou preso por vários anos. Hoje está em liberdade condicional, é tricampeão carioca e vice-campeão brasileiro de *Muay thai*. A sua história é bem interessante. Ele começou a praticar artes marciais na unidade prisional, mas em situações precárias. Então, quando o conheci vislumbrei essa possibilidade. Vi que outros “Fábios”, que estão no sistema, poderiam ser salvos por meio do esporte. Busquei parceiros para o projeto. Já conseguimos montar quatro academias e estamos para montar mais duas. Até o meio do ano, vamos ter outras 10 no Rio de Janeiro.

JC – Onde as academias estão instaladas?

CEF – Temos quatro academias funcionando no presídio feminino Talavera Bruce e nos presídios Muniz Sodré, Jonas

Lopes de Carvalho (Bangu 4) e Pedrolino Werling de Oliveira (Bangu 8).

JC – Onde serão instaladas as outras academias?

CEF – Serão instaladas nos seis presídios do complexo penitenciário de Bangu. Cada academia pode atender 50 presos. Nosso objetivo é ter, em média, até o fim do ano, 500 detentos praticando o esporte diariamente.

JC – Quem são os professores?

CEF – Temos três professores, um dos quais o Fábio Leão, ex-eGRESSO. O Fábio hoje é funcionário público, foi contratado pela Secretaria de Administração Penitenciária. É um exemplo ímpar na história da Execução Penal no Rio.

JC – As aulas são diárias?

CEF – Em regra são duas vezes por semana, duas horas por dia.

JC – Na sua avaliação, de que forma a prática desse esporte contribui para a ressocialização dos presos?

CEF – No meu ponto de vista, o esporte é fundamental para a ressocialização, pois trabalha coisas fundamentais: a capacitação e educação dos presos. A prática esportiva também traz benefícios à saúde. É bom deixar claro, no entanto, que o preso só pode praticar esse esporte depois de um exame médico rigoroso, no qual é verificado se realmente tem capacidade física para realizar essa atividade. É checado ainda o comportamento do preso, o envolvimento dele com o crime, o tipo de delito



e o mérito carcerário dele. Qual é nosso objetivo? Tirá-lo da ociosidade, estimulá-lo a mudar de vida e até capacitá-lo para que possa dar aulas de artes marciais. O objetivo é incentivá-lo a praticar esportes, estudar e trabalhar, para que possa sair do sistema sendo um cidadão muito melhor.

JC – Há outros critérios para a inclusão do preso no projeto?

CEF – Muitos falam: “mas vai ensinar luta para o preso?”. Esse questionamento não existe, não tem a menor fundamentação. Se o preso quisesse usar de violência, não teria dificuldade. Em uma unidade há de 15 a 20 guardas no máximo. O número de presos chega a quase dois mil. Portanto, bastaria ele usar de força. A arte marcial, quando ensinada, possibilita autoconfiança, autodeterminação e autocontrole. E isso contribui para a mudança do comportamento do preso. No entanto, temos precauções. A participação no projeto é um prêmio. Então, quais são os critérios principais para a participação dos presos? Primeiro ter capacitação física, não ter doença cardíaca ou outra que atrapalhe a atividade. O segundo está relacionado ao comportamento do preso na unidade prisional. Verificamos, portanto, se ele não tem participação em tumultos ou agressões físicas. Observados esses pontos, aí sim dizemos se ele tem possibilidade de ser incluído. Se ele causar qualquer tipo de problema (após ser beneficiado), é afastado.

JC – A inclusão no projeto possibilita benefícios, como a remissão da pena?

CEF – Por enquanto não há esse benefício prático, como o da remissão da pena. A remissão é possível apenas para trabalho e estudo. O benefício é para a própria vida do apenado, que passa a ocupar seu tempo com uma prática saudável.

JC – Mas existe a possibilidade de haver a remissão?

CEF – O projeto é muito novo. Não há estudo sobre isso. Mas sem dúvida isso é uma capacitação para o futuro. Quem sabe?

JC – O projeto existe há quanto tempo?

CEF – Efetivamente foi inaugurado há cerca de dois meses, com as academias. Mas já estamos trabalhando nisso há uns seis meses.

JC – O projeto é desenvolvido em conjunto com alguma outra iniciativa, como as que visam à profissionalização?

CEF – Ainda não há vinculação, mas outra ideia é conjugar a iniciativa à necessidade de se frequentar uma escola. Vamos tentar junto ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, que já realiza um trabalho nas unidades prisionais, para oferecer cursos profissionalizantes nas unidades prisionais com academia. A ideia é vincular a utilização da academia à prática do curso do SENAI e à frequência à escola. É um sonho poder juntar esses três pontos. Sem dúvida nenhuma a chance de recuperação do detento é maior.

JC – Observamos atualmente uma série de projetos que visam a ressocialização de presos. Um que se destaca é o programa Começar de Novo, do Conselho Nacional de Justiça, que visa a inclusão dessas pessoas no mercado de

trabalho. As vagas são geradas a partir de parcerias com empresas privadas. Como o senhor avalia essa iniciativa?

CEF – Avalio como fundamental. Há dois pontos que precisam ser observados, pois podem contribuir para diminuir a criminalidade, recuperar o preso e melhorar nossa sociedade. Um deles é dar capacitação ao preso. O outro é dar chance para que exerça essa capacitação. São duas coisas imprescindíveis uma a outra. Não adianta capacitar o preso e na hora que ele ganhar a liberdade, fechar a porta da cadeia nas suas costas e esquecê-lo. As chances de ele arrumar um emprego são muito pequenas. Por outro lado, imagina se você der uma chance e ele não for capaz. São dois pontos que caminham juntos e são fundamentais para a recuperação do apenado. A chance proporcionada pelo programa Começar de Novo é fundamental. Acho que todas as empresas que têm a capacidade de empregar essa mão de obra oriunda dos egressos poderiam colaborar.

JC – Essa integração pode, na sua avaliação, diminuir a reincidência?

CEF – Sem dúvida. É muito difícil para um preso se recolocar no mercado de trabalho. Alguns presos saem, muitas vezes, sem ter para onde ir, sem ter dinheiro para pagar até a passagem. Muitos não têm casa. A família geralmente vive em situação precária. É obvio que nessa situação a chance de rescindir é muito grande. Agora, se capacitarmos os presos e dermos possibilidades a eles de desenvolver uma atividade, com certeza diminuiremos a reincidência.

JC – Na sua avaliação, de que forma a sociedade pode colaborar?

CEF – Acho que a iniciativa privada e o governo têm chance de empregar, fazer com que o preso tenha acesso ao mercado de trabalho. É lógico que, antes disso, o governo precisa capacitar o preso com atividades dentro do sistema penitenciário. O preso também tem que fazer por merecer. E ele é capaz de fazer isso. A partir do momento que ele for posto em liberdade, a iniciativa privada pode destinar uma parcela de contratações que precisa fazer para a mão de obra dos egressos.

JC – Em sua opinião, os projetos de ressocialização não deveriam vir acompanhados de mudanças no sistema carcerário?

CEF – Tenho visto melhoras consideráveis no cárcere no Rio de Janeiro. Não temos mais aquela situação de caos como havia há alguns anos. É lógico que não é perfeito. Mas observo mudanças com relação à cultura, no sentido de ter a certeza que o preso só vai mudar se dermos uma atividade a ele. Atividade essa relacionada à educação, preparação para o mercado de trabalho e de fazer com que ele cuide da própria saúde por meio do esporte. Temos que conseguir mudar a cultura do sistema penitenciário. Uma das funções da pena é o castigo. Mas essa é apenas uma das funções da pena. Há tantas outras. A principal talvez seja a ressocialização. Essa é a única forma de evitar que a pessoa volte a delinquir. Acho que a mudança no cárcere deve ser cultural.



A CRENÇA NO DIREITO

Rogério Medeiros Garcia de Lima
Desembargador do TJEMG

“Para encontrar a Justiça, é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, só se manifesta àqueles que nela crêem”

(PIERO CALAMANDREI, in Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados, Lisboa, Livraria Clássica Editora, trad. Ary dos Santos, 7ª ed., p. 22).

Em meados do século vinte, GEORGES RIPERT analisava os aspectos fundamentais da ordem jurídica do regime capitalista de produção e condenava a abundância de leis, porque estas se afastam do ideal de justiça, afirmado no preceito romano, de que se deve dar a cada um o que é seu. Isso caracterizava o que designou “decadência do Direito”. O progresso jurídico não passaria de ilusão vã e perigosa em que não se deve crer (*apud* ORLANDO GOMES, in *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 101-102).

O tema permanece atual. Segundo os constitucionalistas uruguaios JOSÉ ANÍBAL CAGNONI e GROS ESPIELL, assistimos hoje, junto com outros fenômenos preocupantes, à desvalorização cultural e ética do Direito pela opinião pública e alguns governantes e políticos. Essa depreciação é acompanhada pelo ceticismo quanto ao seu valor e de dúvida sobre sua importância e seu significado. Ao interesse pelo fenômeno jurídico sobrepõe-se a valorização predominante, obsessiva e excludente do fenômeno econômico. Contudo, não se pode olvidar a proteção devida aos direitos fundamentais. Não se despreza o Direito e nem se endeusa a economia sem limites morais e humanos (*in Estado-Administración. Su Reforma en el Presente*, Montevideu, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 101, trad. livre).

Nesse contexto, o magistrado contemporâneo enfrenta um avassalador dilema intelectual: De um lado, ecoa a preleção de FÁBIO KONDER COMPARATO:

No apogeu do Renascimento, quando a perspectiva exaltante de que o homem, enfim, graças à extraordinária acumulação de conhecimentos, tornar-se-ia “senhor e possuidor da natureza”, Rabelais advertiu, pela boca de um de seus personagens, que “ciência sem consciência é a ruína da alma”. (...)

A ciência jurídica, despida de consciência ética, arruína a sociedade e avilta a pessoa humana. E esse resultado funesto produz-se de modo ainda mais humilhante e ignominioso quando os agentes da desumanização jurídica são justamente aqueles a quem se confiou a missão terrível de julgar os seus concidadãos (*in Saudação aos Novos Juízes*, São Paulo, *Revista Cidadania & Justiça*, Associação Juízes para a Democracia, nº 3, 1997, pp. 291-293).

De outra banda, sem menos razão, adverte o ministro LUIZ FUX, do Supremo Tribunal Federal:

Se nós oferecemos uma justiça caridosa, se nós oferecemos uma justiça paternalista, se nós oferecemos uma justiça surpreendente que se contrapõe à segurança

jurídica prometida pela Constituição Federal, evidentemente que isso afasta o capital estrangeiro, como afasta o capital das grandes corporações. É o que sucede com o não-cumprimento de tratados, o não-cumprimento de laudos arbitrais convencionados previamente... Isso aumenta o que se denomina "Risco Brasil" (Impacto das Decisões Judiciais na Concessão de Transportes, Brasília, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 5, maio de 2008, pp. 8-21).

Para prestigiar a segurança jurídica, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assentou:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS Contratuais – JUROS – NÃO LIMITAÇÃO – ENUNCIADO DA SÚMULA 596 DO STF – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – POSSIBILIDADE – CONTRATO CELEBRADO APÓS 30/3/2000 – APLICAÇÃO DA MP 2.170/36 – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – COBRANÇA – LEGALIDADE – ENUNCIADO DAS SÚMULAS 30, 294 E 296 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM ENCARGOS DE MORA – IMPOSSIBILIDADE – COBRANÇA DE TAXAS DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE EMISSÃO DE BOLETO – POSSIBILIDADE – ABUSIVIDADE NÃO COMPROVADA. A legislação pertinente ao Sistema Financeiro Nacional não sujeita as instituições, que o integram, às limitações da Lei de Usura, a teor do que vem assentando a jurisprudência pátria. As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional (enunciado da súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal). Em contratos celebrados a partir de 30 de março de 2000, vale o artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, o qual afasta a imposição do limite anual à capitalização de juros e a aplicação do artigo 591 do Código Civil. É perfeitamente válida a cláusula que estabelece que a comissão de permanência é calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato, conforme enunciado das Súmulas 30, 294 e 296 do Superior Tribunal de Justiça. Não se cumula a comissão de permanência com outros encargos de mora, sob pena de incidência de *bis in idem*. Não é abusiva a cobrança da Taxa de Abertura de Crédito (TAC) e da Taxa de Emissão de Boleto, desde que a mesma se dê em patamares condizentes com aqueles praticados pelo mercado financeiro, quando se observa que tais encargos visam reembolsar a instituição financeira pelas despesas que teve a este título, para a concessão de empréstimo para a aquisição de veículo por parte do tomador. O julgador não pode desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões. Em tempos de globalização econômica, aos agentes de poder é incumbida a tarefa



de recriar, em nível global, as tradicionais garantias de segurança jurídica própria do direito privado nacional. (Edoardo Greblo, *Globalización, Democracia, Derechos*). Historicamente, dividem-se os ordenamentos jurídicos de tradição romanística (nações latinas e germânicas) e de tradição anglo-americana (*common law*). Contudo, essas expressões culturais diversas passaram a se influenciar reciprocamente. Enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística. A influência recíproca tende a se intensificar na esteira do fenômeno globalização. O juiz não deve julgar contrariamente ao que, em lides semelhantes, decide o Supremo Tribunal Federal, porque criaria esperanças infundadas para as partes. (...) (TJMG, Apelação Cível nº 1.0672.08.318956-9/003, des. Rogério Medeiros, julg. 21.7.2011, por maioria de votos).

Não se olvide, todavia, a vertente principiológica. Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, hoje a subordinação à lei e ao

Direito, por parte dos juízes, reclama a "principalização da jurisprudência". O Direito do Estado de Direito do Século XIX e da primeira metade do Século XX é "o Direito das regras dos códigos". O Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito "leva a sério os princípios, é um Direito de princípios". O tomar a sério os princípios implica mudança profunda na "metódica OK de concretização do Direito" e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes (in *A principalização da jurisprudência através da Constituição*, São Paulo, *Revista de Processo*, Editora RT, nº 98, abril-junho de 2000, pp. 83-89).

Prossegue o constitucionalista luso afirmando que a existência de regras e princípios permite a descodificação, em termos de um "constitucionalismo adequado" (Alexy), de "estrutura sistêmica". Isto é, possibilita a compreensão da Constituição como "sistema aberto de regras e princípios". Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras nos conduziria a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática; exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia, assim, um "sistema de segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e para o desenvolvimento de um sistema, como constitucional, que é necessariamente aberto (CANOTILHO, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 6ª ed., 1993, pp. 168-169).

Volta à baila julgado da mais alta Corte mineira, com viés principiológico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – PLANO DE SAÚDE – RESCISÃO – DOENÇA GRAVE – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS. BOA FÉ CONTRATUAL. *AFFECTIO CONTRACTUS*. Concede-se antecipação da tutela quando presentes os requisitos previstos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, a saber: a) existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações; e, b) risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, evidencia-se na probabilidade de prejuízo grave, caso o filho do agravado não venha a ser atendido. Figura nos autos relatório médico do qual consta ser o paciente – dependente do beneficiário do plano – portador de varicocele bilateral. Necessita de tratamento cirúrgico urgente, sob risco de infertilidade. Conclusões extraídas em cognição preliminar. A antecipação da tutela, prevista pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, atende ao postulado de Chiovenda, segundo o qual o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, e ainda, o processo não deve prejudicar o autor que tem razão. O processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública, indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica. É instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais (C. A. Álvaro

Oliveira, in *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*, 2002). De outra parte, a alegada rescisão unilateral do contrato, pela Prefeitura Municipal de Nova Lima, não era do conhecimento do segurado beneficiário e seus dependentes. Igualmente, o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato – alegado pela agravante – é matéria pendente de dilação probatória. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa fé. Entre credor e devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. Nos últimos anos, deixou-se de conceber o contrato como decorrente ou representativo, necessariamente, de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* – a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal (Arnoldo Wald, in *O contrato no novo milênio*, 2003). É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa (Georges Ripert, in *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*). A proteção da saúde resulta de comando constitucional. Possuem relevância pública as ações e serviços de saúde (artigos 196 e 197 da Constituição de 1988). A saúde, como bem relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem. No século XXI, desponta o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional. O Código Civil deixou de ocupar o centro do sistema jurídico e cedeu espaço à Constituição. O texto constitucional passou a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0188.10.010669-2/001, des. Rogério Medeiros, julg. 15.6.2011, por maioria de votos).

Para além da "economização" decorrente da globalização, o Direito brasileiro se enfraquece em razão de fatores internos relevantes, dentre os quais destaco exemplificativamente: 1) má aplicação da legislação penal, preferencialmente em desfavor de réus oriundos das camadas mais pobres da população; 2) permissividade da Lei de Execução Penal, em virtude da qual vigora o sentimento de que "ninguém cumpre pena neste país"; 3) alto nível de corrupção nos meios políticos, ao ponto de uma destacada autoridade governamental mencionar que o "escândalo

De resto, o cidadão brasileiro precisa contribuir para a árdua tarefa de resgatar a crença no Direito. Os brasileiros se indignam com os escândalos fartamente noticiados pela imprensa, entretanto, já pensaram que eles são a ‘cara’ do Brasil?

do mensalão” foi “somente” crime eleitoral; 4) extensão injustificada do “foro privilegiado” a diversos agentes públicos; 5) febril elaboração de leis que “não pegam”, porque dissociadas da nossa realidade cotidiana; 6) arcaísmo na aplicação das leis, com excessivo apego ao positivismo jurídico e insuficiente visão principiológica; 7) vigência de legislação processual barroca e excessivamente formalista, a agravar a morosidade da Justiça brasileira; 8) estrutura interna obsoleta do Poder Judiciário; e, 8) demora excessiva na prestação jurisdicional.

De resto, o cidadão brasileiro precisa contribuir para a árdua tarefa de resgatar a crença no Direito. Os brasileiros se indignam com os escândalos fartamente noticiados pela imprensa, entretanto, já pensaram que eles são a “cara” do Brasil? Sérgio Buarque de Holanda, por exemplo, definiu o brasileiro como “homem cordial”. Possui sociabilidade aparente para obter vantagens pessoais e evitar cumprir a lei que o contrarie (*Raízes do Brasil*). É o famoso “jeitinho brasileiro”. Muitos dos que xingam duramente os corruptos, são os mesmos que elegem políticos almejando benesses pessoais. Diversos homens públicos são identificados com o *slogan* “rouba, mas faz”. Esses eleitores não idealizam os representantes que administrarão e elaborarão leis em nome da comunidade, mas os “amigões do peito” que vão resolver seus problemas: emprego, bolsa de estudo, tratamento médico gratuito, transferência do filho para a universidade pública e congêneres. Vão livrá-los de problemas com o delegado de polícia ou o fiscal de tributos, se possível ajeitando a remoção do “incômodo” funcionário para localidade bem distante. São os mesmos “patriotas” que sonegam imposto de renda, não fornecem recibo ou nota fiscal a clientes e consumidores, subornam o guarda de trânsito e o fiscal da fazenda, compram drogas de traficantes, apostam em jogos ilícitos e buscam um meio de pedir ao juiz “uma forcinha” na decisão favorável de determinado processo. Contudo, somos todos muito bons, boníssimos. Corruptos são os outros

(GARCIA DE LIMA, , *Ética para principiantes*, disponível em O Globo On Line, <http://www.oglobo.com.br>, 5.7.2007).

Em suma, OK na conjuntura global de atenção quase exclusiva ao fenômeno econômico e considerado o primitivismo institucional do Brasil, cabe invocar a lição do jurista italiano SABINO CASSESSE:

Estamos imersos em mudanças e somente podemos intuir para onde se dirigem. Porém não somos, não devemos nos resignar a ser objetos passivos dessas mudanças. Desde as cátedras universitárias, desde a judicatura e, fundamentalmente, desde o âmbito dos governos e dos legislativos, devem emanar ideias e iniciativas que possibilitem que as sociedades do nosso futuro próximo sejam sociedades menos insatisfeitas e menos desregradas que as atuais, onde as pessoas possam se sentir, ao menos em parte, construtoras do seu próprio destino e do destino da comunidade que integram (*in Estado-Administración. Su reforma en el presente*, cit., p. 37, trad. livre).

O Brasil está bem melhor do que esteve há alguns anos atrás, mas ressalva ELIANE CANTANHÊDE:

Falta muita coisa para o Brasil ser toda essa cocada preta: educação, saúde, produtividade, inovação, combate à corrupção, distribuição de renda. E, enquanto os brasileiros não pararem de se matar à toa, é melhor deixar o oba-oba para a mídia estrangeira e pensar o estágio e as fraquezas do país com um mínimo de racionalidade (*in Devagar com o andor, Folha de São Paulo*, 29.11.2011).

A almejada racionalidade de uma grande nação não exclui a crença no Direito. Parodiando RUY BARBOSA, devemos estar com o Direito, pelo Direito e dentro do Direito, porque fora do Direito não há salvação.



EQUÍVOCOS E SOFISMAS EM MATÉRIA DE LUCROS NO EXTERIOR

Alberto Xavier
Advogado

A partir das duas últimas décadas do século passado, assistiu-se à eclosão de um novo fenômeno na nossa economia – o da empresa multinacional brasileira.

A força irresistível da globalização e da conquista de novos mercados impulsionaram as empresas nacionais em busca de novas oportunidades além-fronteiras.

Em vez de estimular e favorecer esse esforço, a legislação tributária brasileira teimosamente insiste em manter um regime que desincentiva a internacionalização e prejudica a competitividade das nossas multinacionais.

Esse regime (que já vinha da Lei nº 9.249/95 e foi revigorado pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 de 2001) consiste em tributar os lucros das sociedades controladas e coligadas, domiciliadas no exterior, no momento da apuração dos lucros pelas sociedades estrangeiras, sem aguardar pelo momento de distribuição dos mesmos, na forma de dividendos (como sucede na pureza do princípio da universalidade), em que deixam de ser renda própria – daquelas sociedades dotadas de personalidade jurídica própria – para passar a ser renda da sociedade brasileira, que com elas tem vínculo de coligação e controle.

Assim, taxam-se imediatamente, como se distribuídos fossem, lucros acumulados no exterior, ainda que destinados a reinvestimento no próprio negócio ou em outras atividades.

Ora, raramente, na discussão de um tema desta relevância doutrinária, se têm insinuado tantos equívocos e vícios de raciocínio, que importa dissipar.

A) A lei brasileira tributa o “lucro” e não a “equivalência patrimonial”

A tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior foi disciplinada pelo art. 25 da Lei n.º 9.249/95, nos seguintes termos:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas, correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

(...)

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I – as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II – os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.”



A leitura das disposições legais acima transcritas revela que a lei ordinária prevê a tributação no Brasil dos “lucros auferidos por controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil”, lucros esses que “(...) serão adicionados ao lucro líquido da (...) controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real” (art. 25, § 2º).

A mesma leitura revela ainda que a disciplina do art. 25, § 2º não modifica, nem interfere no tratamento aplicável aos “resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial”, posto que os mesmos “(...) continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º”.

O tratamento em questão está disciplinado no parágrafo único do art. 23 Decreto-lei nº 1.598/77, com a redação dada pelo art. 1º, IV do Decreto-lei nº 1.648/78, segundo o qual “não serão computados, na determinação do lucro real, as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou de amortização de ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou as perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no país”.

Assim, de acordo com a legislação vigente, os resultados de avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, as “contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas”, não são computados na determinação do lucro real.

O art. 74 da MP nº 2.158-35/01, editado com vistas a disciplinar o momento temporal do fato gerador do imposto de renda incidente sobre os lucros de controladas no exterior, reintroduziu o regime do art. 25 da Lei nº 9.249/95, entretanto revogado pela Lei nº 9.532/97, assim dispõe:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Referido regulamento é a IN nº 213/02 que, a pretexto de regulamentar o regime de tributação consagrado no art. 25 da Lei nº 9.249/95 c/c o art. 74 da MP nº 2.158-35/01 inovou radicalmente, elegendo uma nova hipótese de incidência e, por conseguinte, uma nova base de cálculo para o imposto, qual seja: o resultado positivo da equivalência patrimonial (art. 7º, § 1º).

Sucede, porém, que, ao assim dispor, o art. 7º, § 1º da IN nº 213/02 inovou (inconstitucionalmente) em relação à lei, que apenas permite a tributação do “lucro” da controlada no exterior (art. 25, § 2º da Lei nº 9.249 e art. 74 da MP nº 2.158-35/01), nunca, jamais, tendo feito qualquer referência ao “resultado positivo de equivalência patrimonial” no sentido de se poder identificá-lo como hipótese de incidência do tributo.

Muito pelo contrário – repita-se –, o próprio art. 25, § 6º da Lei nº 9.249/95 – é expresso em determinar que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º”.

Nesse exato sentido é o pensamento do Ministro CASTRO MEIRA no Voto-vista proferido no Recurso Especial nº 1.211.882-RJ, conforme se pode ler da seguinte passagem:

Portanto, a IN 213/02, ao determinar que o balanço patrimonial positivo da empresa controlada ou coligada no estrangeiro seja adicionado ao lucro líquido da controladora no Brasil para efeito de determinação do lucro real do período, viola o princípio da legalidade, extrapolando o conteúdo da norma regulamentada, especificamente o art. 25 da Lei 9.249/95.

Por fim, o § 6º da Lei 9.249/95 não infirma as conclusões aqui adotadas.

Com efeito, o dispositivo em tela determina que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.”

A legislação vigente” a que se refere a norma, expressamente, veda a utilização do método da equivalência patrimonial para determinação do lucro real da empresa controladora ou coligada no Brasil.

É o que se observa, por exemplo, do art. 23 do Decreto-

Lei 1.598/77, para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, e do art. 2º, § 1º, “c”, da Lei 7.689/88, para a Contribuição Social para o Lucro-CSLL, *verbis*: “(...) Portanto, a variação positiva ou negativa do valor do investimento, muito embora tenha impacto sobre o lucro líquido da empresa investidora, não adentra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por força de lei. (...)”

B) A lei brasileira não tem a natureza de “lei CFC”

Este sistema perverso é uma singularidade brasileira, não adotado pelos demais países, pelo que a competitividade das nossas empresas vê-se seriamente abalada, pois comporta um ônus fiscal incomparavelmente mais pesado do que o das suas rivais no mercado global.

É que esses países apenas adotam um regime excepcional de tributação automática de lucros de certas controladas quando estas auferem “rendas passivas” e são domiciliadas em território de baixa tributação (regime “CFC”), enquanto que o Brasil fez dessa regra o regime geral de controladas e coligadas no exterior, independentemente de qualquer condição.

O termo “CFC” é o acrônimo da expressão inglesa *Controlled Foreign Corporation*, denominação que passaram a ter após a legislação norte-americana de 1962 (reforma Kennedy), que eliminava o direito ao diferimento do imposto (*tax deferral*) até o momento de sua distribuição, no caso de *sociedades localizadas em zonas de baixa tributação e que acumulassem lucros de certa natureza* (rendas passivas). Nessa legislação (modelo inspirador das que vieram a seguir-se no resto do mundo) o imposto incide imediatamente sobre o *lucro acumulado*, que é imputado aos sócios, independentemente de um ato formal de distribuição.

No Direito Comparado só merecem o qualificativo de CFC as legislações que tributam lucros, independentemente de distribuição apenas em certas circunstâncias excepcionais que se consideram reveladoras de abuso, tais como no caso de controladas domiciliadas em *territórios de baixa tributação* (i.e., *paraísos fiscais*) e em relação a *rendas de natureza passiva* (juros, royalties, etc.)

Todavia, a lei brasileira, em matéria de sociedades controladas e coligadas no exterior, adotou um sistema que se afasta totalmente do tipo CFC, por não ter caráter excepcional e finalidade antielisiva, uma vez que atinge, como regra geral, a totalidade do lucro das sociedades controladas ou coligadas no exterior, *independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação do país ou território de seu domicílio*. A total inexistência de um elemento “abusivo” relacionado ou com o território de domicílio, ou com a natureza do rendimento leva a afirmar que a lei brasileira não tem a natureza de uma lei “CFC”, pois seu objetivo não é antielísivo, mas puramente arrecadatório.

C) O art. 7º dos tratados (Modelo OCDE) é norma de competência exclusiva do país de domicílio da empresa que aufer o lucro e não de seus sócios

No caso de empresas brasileiras que investem, direta ou indiretamente, em países que celebraram com o Brasil tratados

contra a dupla tributação aplica-se uma cláusula – a “regra de ouro” ou “coração” desses tratados – o artigo correspondente ao art. 7º do Modelo OCDE e que contém o princípio óbvio de evitar uma guerra fiscal; enquanto o país de domicílio da sociedade matriz (por exemplo, o Brasil) pode livremente tributar os lucros das filiais ou sucursais (estabelecimentos permanentes sem personalidade jurídica), já no que concerne às sociedades controladas ou coligadas (dotadas de personalidade jurídica) a *competência exclusiva* para a tributação pertence ao Estado de domicílio destas sociedades (por exemplo, o Canadá), com a consequente *proibição de tributação* pelo Brasil.

Veja-se paradigmaticamente o § 1º do Tratado com o Canadá (Decreto nº 92.318, de 23 de janeiro de 1986).

Artigo VII

Lucros das Empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

(...). (grifos nossos)

D) O art. 7º, a lei brasileira e as normas CFC

Ora bem. Essa regra que é clara e nítida, em face do Direito Internacional, tem sido contestada por certas autoridades brasileiras que pretendem recusar a aplicabilidade dos tratados, com base em dois argumentos equivocados, que importa denunciar, tal a gravidade das suas consequências.

Um, consiste em afirmar que a legislação brasileira corresponde ao modelo típico das legislações estrangeiras do tipo “CFC”, e que, segundo a OCDE, não seriam incompatíveis com o citado art. 7º dos tratados.

Essa afirmação não é verdadeira, pois, como atrás se demonstrou, a legislação brasileira não é do tipo “CFC” e a OCDE apenas admite essa compatibilização por reconhecer que as leis “CFC” só se aplicam aos casos de abuso.

E) O objeto de tributação é o lucro da empresa estrangeira e não o lucro da empresa brasileira

O outro argumento visando a negar a proteção dos tratados internacionais às empresas a que nos referimos nada mais é que um sofisma enunciado de seguinte forma: não haveria sequer que se invocar a aplicação de tratado internacional, uma vez que, de harmonia com a legislação ordinária, o Brasil estaria tributando junto de *sujeito passivo brasileiro* (a sociedade controladora brasileira) um *lucro da própria empresa brasileira* (essa mesma sociedade) e não o lucro da empresa estrangeira, pelo que nem sequer ocorreria um conflito suscetível de chamar a aplicação de um tratado contra a dupla tributação (notadamente o art. 7º, § 1º).

Salvo o devido respeito, esse argumento é um paralogismo, fácil de desmontar.

Note-se, em primeiro lugar, que o lucro tributável em causa é o *lucro da empresa estrangeira, dotada de personalidade jurídica própria, por ela produzido e apurado*. É esse lucro que o art. 7º, § 1º dos tratados aplicáveis, que seguem o Modelo OCDE, reservam à competência tributária exclusiva do Estado onde essa empresa está domiciliada, com exclusão absoluta de competência tributária do Estado de domicílio da sociedade, sua sócia coligada ou controladora.

Na ausência de uma prévia distribuição dos mesmos lucros, o mesmo lucro acumulado da sociedade estrangeira só pode ser considerado também lucro da sociedade brasileira (um fenômeno bizarro de duas sociedades de idêntico lucro, como um “milagre de multiplicação”) se, mediante um mecanismo jurídico artificialmente criado pelo Estado de domicílio do sócio, aquele lucro for, por ficção, a ele imputado.

No Brasil tal mecanismo foi obtido pela técnica que denominamos de *método aditivo* e consagrada pelo art. 25 da Lei nº 9.249/95, cujo § 2º dispõe:

§ 2º. Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I – as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II – os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real.

Verifica-se, assim, que a lei brasileira adotou um método bifásico ou aditivo pelo qual, *numa primeira fase*, determina a apuração do lucro da sociedade estrangeira e, *numa fase logicamente subsequente*, ordena a sua *adição ao lucro líquido da sociedade brasileira*, para efeitos de determinação do lucro real dessa última.

Significa isso que o lucro real da sociedade brasileira é constituído por dois elementos: (i) o *lucro da sociedade estrangeira* e (ii) o *lucro líquido da sociedade brasileira*.

E o próprio § 4º do art. 1º da IN nº 213/02, reafirma o mesmo método aditivo ao estabelecer que “os lucros de que tratam esse artigo serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica do Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada”.

Daqui resulta inequivocamente que o objeto da tributação pela lei brasileira é o *lucro da empresa estrangeira*, que não faz parte integrante do lucro da empresa brasileira (matriz ou controladora), mas foi a ela adicionado, como tal, isto é, na sua qualidade de *lucro estrangeiro*, para efeitos de aqui ser tributado.

O fato de o método da equivalência patrimonial ter sido escolhido pela Administração, como mera técnica para efetuar a referida “adição” não é, porém, suscetível de “transformar”, como que por artes de alquimista, o que é “estrangeiro” em “brasileiro”.

Por óbvio, nunca se cogita de considerar a empresa estrangeira contribuinte de lucro por ela obtido no exterior, no seu país de domicílio, precisamente porque não existiriam mecanismos jurídicos de executar a obrigação tributária.

O absurdo do argumento mais salta à luz se se atentar que ele significa esvaziar o art. 7º, § 1º de todo e qualquer conteúdo, como se fora ineficaz, pois jamais se viu no mundo moderno um Estado soberano tributar lucros de empresas estrangeiras, a não ser por um mecanismo oblíquo de “naturalização” de tais lucros.

Adotando a terminologia dos internacionalistas norteamericanos, tais sociedades estariam fora do alcance da *jurisdiction to prescribe* (definição do âmbito de aplicação da lei) porque, por natureza, estariam fora do alcance da *jurisdiction to enforce* (âmbito da exequibilidade da lei)¹.

Recorde-se que os Comentários da OCDE (parágrafo 11 dos Comentários ao § 1º do art. 7º) afirmam que o domicílio do sócio não é conexão internacionalmente aceita como legítima para fundar uma tributação do lucro da sociedade estrangeira, por não revelar participação na vida econômica do outro Estado numa extensão tal que o outro Estado tenha poderes tributários sobre os lucros.

Imagine alguém, um fiscal do imposto de renda brasileiro lavrar auto de infração contra uma controlada da empresa brasileira domiciliada nos Estados Unidos, após fiscalização exercida no território deste país e neste executar forçadamente o seu crédito?

É claro e óbvio que o contribuinte teria que ser a empresa controladora brasileira e qualquer argumento baseado nesse fato apresenta-se como rudimentar paralogismo.

Aliás, quer parecer-nos que, bem no fundo de todo este absurdo sofisma, está uma deplorável confusão entre os casos em que uma empresa brasileira atua no exterior através de uma *filial ou estabelecimento permanente* sem personalidade jurídica, e os casos em que essa atuação se dá através de uma *sociedade controlada*, dotada de individualidade jurídica. É que só no primeiro caso se pode dizer que os lucros obtidos no exterior são lucros da empresa brasileira, pois a filial é mero ramo ou parte desta última e por isso os tratados contra a dupla tributação não opõem qualquer obstáculo à tributação pela empresa. No segundo, ao invés, a personalidade jurídica exige que o lucro por ela obtido seja considerado como *lucro próprio* e não lucro de quem a controla no exterior. E daí os obstáculos que os tratados estabelecem à sua tributação.

Lastimável confusão!



NOTA

¹ Cfr. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil* (7ª ed.), Rio de Janeiro, 5 e ss.; Martha, *The jurisdiction to tax in international tax law*, Deventer/Boston, 1989, 59 ss.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 8.906/1994 E A SÚMULA 306 DO STJ

Jaime Luiz Vicari
Desembargador do TJES

O tema honorários advocatícios é relevante e frequenta o cotidiano forense, mas, paradoxalmente, não é objeto de mais amplos e mais aprofundados estudos entre os doutos.

A edição da Súmula 306 pelo Superior Tribunal de Justiça, disciplinando a imposição da verba honorária nos casos de sucumbência recíproca, no entanto, acabou por despertar alguma celeuma jurisprudencial, além de evidente preocupação nos advogados, de modo que é oportuna uma abordagem, ainda que sucinta, desse assunto, como forma de contribuição ao debate, despida de qualquer pretensão de esgotá-lo.

De início, é interessante lembrar que, nos primórdios do Direito, a atuação dos advogados tinha outra conotação, e as normas então existentes proibiam, de maneira expressa, a cobrança de honorários. Serve como exemplo a *Lex Cincia*, de 250 a.C.

As Ordenações do Reino eram igualmente rigorosas nesse ponto, valendo assinalar que o Alvará Régio, datado de 1º de agosto de 1774, agravou as penas impostas aos profissionais que desrespeitassem a proibição.

Entre nós, o Código de Processo Civil de 1939, primeiro ordenamento processual de abrangência nacional, determinava, no artigo 59, que “a parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo”, mas não mencionava diretamente verba honorária, embora ela estivesse inequivocamente compreendida em tais “despesas”.

O mesmo artigo previa: “Quando a condenação for parcial [sucumbência recíproca, assinale-se] as despesas se distribuirão proporcionalmente entre os litigantes”.

Os artigos 63 e 64 davam a essas “despesas” nítido caráter de pena imposta ao vencido, porque associavam a condenação à existência de dolo ou culpa. A Lei 4.632, de 18 de maio de 1965, alterou o mencionado artigo 64, suprimindo a exigência de dolo ou culpa para a condenação.

Finalmente, o atual Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973) disciplinou o cabimento das verbas sucumbenciais a partir do artigo 19, determinando, no artigo 20, que “a sentença condenará o *vencido* a pagar ao *vencedor* as despesas que antecipou e os honorários advocatícios” (os destaques, obviamente, não são do original). Dispôs, ainda, que “essa verba honorária será devida também nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”, vale dizer, será devida se o advogado for parte vencedora no processo.

O artigo 21 normatizou a imposição desse ônus na hipótese de ocorrer sucumbência recíproca, *verbis*: “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

É importante salientar que, pela vez primeira em nossa legislação, fez-se nítida distinção entre os termos genéricos “despesas” ou “custas” e a específica verba honorária, dando a esta disciplinamento inovador e próprio.

Essa construção de Alfredo Buzaid foi certamente inspirada nas lições de seu mestre Enrico Tullio Liebman, que, por sua vez, as tomou emprestadas de Chiovenda, para quem a condenação ao pagamento das despesas processuais estava ligada *alla socombenza, pura e semplice*¹.

Na Exposição de Motivos ao anteprojeto do Código de 1973, Buzaid escreveu: “O projeto adota o princípio do sucumbimento



pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor. O fundamento desta condenação, como escreveu Chiovenda, é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva, por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante”.

Salta aos olhos, portanto, até por simples exegese literal, que os titulares do direito aos honorários, seja no crédito, seja no débito, por ocasião da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, não eram os profissionais do Direito, os advogados, e sim as próprias partes.

Em tal quadro normativo, era perfeitamente adequado entender que, sendo os litigantes vencidos e vencedores, ou seja, reciprocamente credores e devedores, fosse aplicado à hipótese o instituto da compensação, previsto no artigo 1009 do Código Civil de 1916 e repetido no artigo 368 do Código Civil de 2002, com a mesma redação.

Consoante essas normas, “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

Não é outro o entendimento que viceja na doutrina sobre o instituto da reciprocidade, como se pode aferir da ensinância de Rodrigues²: “(...) é o requisito fundamental da compensação, pois se trata de um meio da extinção das obrigações pelo encontro de direitos opostos. Como vimos, a compensação compõe-se de pagamentos recíprocos, efetuados com créditos também recí-

procos. Assim, para que haja compensação, mister se faça a presença de obrigações e créditos recíprocos entre as mesmas partes”.

A compensação, verdadeiro “encontro de contas”, é instituto que remonta ao Direito Romano, pois há passagens sobre o tema em Gaio e Justiniano, conforme leciona Monteiro³, instituto que, trasladando-se para o Direito Canônico, encontrou guarida em todos os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, seja na *common law*, seja na *civil law*.

O *Codice Civile Italiano*, por exemplo, define a compensação no artigo 1241 como a situação em que, se “*due persone sono obbligate l’una verso l’altra, i due debiti si estinguono per le qualità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono*”, ou seja, para o Direito peninsular, a compensação é a situação em que, se “duas pessoas são obrigadas uma para com a outra, os dois débitos extinguem-se pelas quantias correspondentes, segundo as normas dos artigos seguintes”.⁴

Não pairam dúvidas de que o legislador de 1973 separou, nitidamente, a pessoa do litigante (parte) da pessoa do procurador (advogado), como se pode ver claramente no

Título II do Código Buzaid: “Das partes e dos procuradores”.

Tinha-se, até então, consoante o Código de Processo na versão original, uma situação em que as custas e os honorários pertenciam ou deveriam ser pagos às partes, pois os titulares do crédito ou os devedores da obrigação eram os litigantes.

Veio a lume, em 4 de julho de 1994, após vinte e um anos de vigência do Código de Processo Civil, a Lei 8.906 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil –, inovando substancialmente essa matéria. Com efeito, o artigo 23 da mencionada norma diz, textualmente, que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido a seu favor”. E o § 3º do artigo 24 do mesmo estatuto fulminou qualquer tentativa de afastamento da regra dantes mencionada ao explicitar que “é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência”.

Exatos quatro meses após essa alteração substancial, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu de sumular a matéria pertinente à sucumbência recíproca, fazendo-o, contudo, *datissima venia*, em sentido claramente oposto ao texto legal.

Com efeito, ao editar a Súmula 306, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Ousa-se divergir e faz-se isso tendo presente a lição de Descartes⁵: “a diversidade das nossas opiniões não provém do fato de serem uns mais racionais do que os outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas”.

Inicialmente, é de assinalar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua função de intérprete máximo da lei federal, tem, dentre suas relevantes atribuições, a de editar súmulas para a uniformização da jurisprudência em todo o País e, com isso, acelerar a prestação jurisdicional, objetivo de irretorquível validade e que constitui o desejo de todos os operadores do Direito. Essas súmulas, conquanto gozem de natural autoridade, e nem poderia ser diferente, já que advindas de Corte superior, não ostentam, contudo, caráter vinculante.

É de reconhecer, e nem poderia ser de outra forma, a força e a autoridade emanadas de súmula do Superior Tribunal de Justiça, mas é necessário, igualmente, reconhecer que tal enunciado não possui caráter coativo, como, por exemplo, aquele ostentado pela chamada súmula vinculante, oriunda do Supremo Tribunal Federal, conforme determina, expressamente, o artigo 103-A da Constituição Federal, *verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (no caso, a Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006).

A Lei 8.906, *lex posterior*, pois, alterou, sim, a titularidade da verba honorária que a redação original do Código de Processo Civil atribuía às partes, passando a reconhecê-la aos advogados, como direito pessoal.

Observa-se que o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil é de clareza meridiana ao enunciar que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Ora, se o Código de Processo Civil, em sua versão original, atribuía a titularidade da verba honorária às partes, aos litigantes, e a Lei 8.906, posterior, diz que os titulares agora são os advogados, impossível se afigura sustentar que a segunda não revogou a primeira, nesse particular. Ademais, é de considerar que tanto o Código de Processo Civil quanto o Estatuto da OAB são leis especiais, e, em tal caso, a antinomia se resolve em favor da lei posterior.

Alterada a titularidade, inadmissível se afigura, repita-se, aplicar à sucumbência recíproca o instituto da compensação no tocante aos honorários dos advogados, pois esses profissionais não são, simultaneamente, devedores e credores, e sim, apenas credores dessa verba.

Como lembrado, com inegável sabedoria, “no exercício gratificante da arte de interpretar, descabe ‘inserir’ na regra

de Direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida” (Celso Antonio Bandeira de Mello, em parecer inédito).

Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele (...). O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios (Brasil, 1994, p. 1)⁶.

No mesmo norte, outra lição que nos ministra o judicioso Lacerda, *verbis*:

(...) a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual. A propósito, não me canso de verberar o mau vazo, infelizmente generalizado, de se negar à norma de processo outra interpretação que não a literal, exatamente aquela que os mestres da hermenêutica consideram a mais pobre, a menos satisfatória, a menos inteligente. Não há por que degradarmos o Direito Processual e os processualistas autênticos a esse ponto, nem atribuímos ao legislador intenções que jamais passaram por sua cabeça (Galeno Lacerda, *O Código e o formalismo processual*, AJURIS nº 28, página 8).

O excelso Supremo Tribunal Federal, em sua condição de intérprete da *Lex Maxima*, por duas vezes assentou que os honorários de advogado têm caráter de verba alimentar. A primeira, ao examinar o RE nº 170.220-6-SP, do qual foi relator o culto ministro Carlos Velloso, e a segunda, mais recentemente, em 14 de maio de 2008, por ocasião do julgamento do RE nº 470.407-DF, do qual foi relator o eminente ministro Marco Aurélio de Mello.

Diz a ementa desse último julgado, *verbis*:

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA – ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1º-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NATUREZA – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 146.318-0-SP, Segunda Turma, relator ministro Carlos Velloso, com

acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário nº 170.220-6-SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.

Assinale-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, curvou-se a esse entendimento contrário à aplicação da Súmula, ao decidir os Embargos de Divergência em REsp nº 724.158 e o mesmo ocorreu no julgamento dos Embargos de Divergência de nº 647.283, em 14 de maio de 2008.

É elucidativa, a respeito, a ementa dos EREsp nº 724158/PR, da relatoria do ministro Teori Albino Zavascki, julgados em 20 de fevereiro de 2008, *verbis*:

Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as Turmas do STF. Por isso mesmo, são insuscetíveis de medidas constritivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas de seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação do artigo 649, IV, do CPC (dada pela Lei 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, “os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

Firma-se, pois, que os honorários de advogado são verba alimentar até por interpretação de mandamento constitucional.

Regra maior não há. Contudo, é importante lembrar de outra determinação aplicável ao caso, extraída do artigo 373 do Código Civil de 2002, *verbis*: “A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: se provier de esbulho, furto ou roubo; se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; se uma for de coisa não suscetível de penhora” (grifo nosso).

Mais explícito é o comando emergente do artigo 1707 do Código de 2002, *verbis*: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com ressalva de respeitável corrente em sentido oposto, tem se inclinado pelo descabimento da compensação da verba honorária em caso de sucumbência recíproca, como se verifica pelos seguintes arestos: AC nº 2009.024798-0, rel. des. César Abreu, des. Edson Ubaldino e des. Jorge Borba; AC nº 2008.069278-0, des. Carsten Kholer; AC nº 2007.057663-4, des. Stanley Braga; AC nº 2009.042104-3, des. Wilson Nascimento; AC nº 2007.051119-5, des. Jorge Schaeffer; AC nº 2009.043006-6, des. Robson Varella; AC nº 2000.012807-4, des. Cláudio Helfenstein; AC nº 2009.050621-7, des. Vanderlei Romer (voto vencido); AC nº 2009.025042-0, des. Sérgio Heil; AC nº 2006.010487-0, des. Carioni; AC nº 2002.008974-0, des. Marcus Sartorato; AC nº 2004.002871-7, des. Lédio Rosa de Andrade; AC nº 2009.043405-7, des. Paulo Henrique Martins, AC nº 2009.015117-7 (ressalva pessoal) e AC nº 2008.017413-4, desª Rejane Andersen.

B | M Bergher & Mattos
Advogados Associados

Advocacia Criminal



Essa mesma posição foi adotada pela colenda Quarta Câmara de Direito Comercial na Apelação Cível nº 2004.000825-2, da Comarca de Lages, em reexame ditado por força do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente, encontram-se vários julgados que decidiram pela inaplicabilidade da compensação da verba honorária, nos casos de sucumbência recíproca: AC nº 70034761221, des. Claudir Fidelis Faccenda; AC nº 70029873858, des. Rui Portanova; e AC nº 70030098495, des. José Ataídes Siqueira Trindade, dentre outros.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma plêiade de notáveis juristas, sob a coordenação do ministro Luiz Fux, nome dos mais representativos do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido entregue há poucos dias ao Congresso Nacional para a devida apreciação.

Trata-se de lei mais consentânea com a realidade institucional vigente e que por certo melhor se afeiçoa aos dias em que vivemos, com ênfase na celeridade e efetividade da jurisdição. E no anteprojeto se prevê, de maneira expressa, descaber qualquer espécie de compensação no tocante a honorários, dado o seu caráter de verba alimentar.

Com efeito, o § 11 do artigo 73 do anteprojeto assim preceitua, *verbis*: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, tendo os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do Trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Frente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao projeto de novo CPC e por tudo o mais que foi dito, ousa-se assentar que, mesmo a angusta via do artigo 543-C do Código de Processo Civil não elide a possibilidade da reafirmação, em novo julgamento, da posição contrária à aplicação de dita Súmula.

Esse o entendimento, *verbi gratia*, a que chegou a colenda Câmara Especial Regional de Chapecó, ao reexaminar os autos da AC nº 2008.069278-0, em voto da lavra do eminente desembargador Edson Ubaldino, acompanhado, *nemine discrepantur*, pelos eminentes desembargadores Cesar Abreu e Jorge de Borba, mantendo a decisão anterior pela inaplicabilidade da Súmula mencionada.

Ademais, em recente manifestação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu apresentar ao Supremo Tribunal Federal proposta de edição de súmula vinculante para que seja afirmada a natureza alimentar dos honorários advocatícios, com base em voto do conselheiro federal pelo estado do Pará, Roberto Lauria, evitando-se, destarte, que essa matéria continue a render divergências.

Acerca da jurisprudência e sua mutabilidade, oportuna a lição de Calamandrei: “Seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e a mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e de expansão”⁷.

Não se desconhece, por evidente, a existência de corrente doutrinária respeitável, com alguma receptividade na jurisprudência e também no Direito Comparado⁸, que sustenta

ser mais adequada, na fixação dos honorários, a aplicação do princípio da causalidade.

Entretanto, *legem habemus* e nela se acolheu como critério para a fixação de honorários não o princípio da causalidade, mas, sim, o da sucumbência. Ademais, ainda que adotado, de *lege ferenda*, por certo, o princípio da causalidade para a imposição da verba honorária, essa adoção, por si só, não alteraria a titularidade desses valores, vale dizer, os honorários continuariam a ser direito pessoal do advogado da outra parte, dotados de natureza alimentar, insuscetíveis de compensação.

Surge a inevitável pergunta: o que se poderia fazer a respeito da compensação de honorários com o advento da Súmula 306 no Superior Tribunal de Justiça, que só aparentemente pacificou a questão?

Entende-se que se deveria proceder da mesma maneira como se fez, em outro episódio, com a Súmula 263 do STJ, de 8 de maio de 2002, que dispunha sobre a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil em caso de cobrança antecipada do chamado Valor Residual Garantido (VRG). Aquele enunciado foi cancelado pela edição da Súmula 293, após dois anos de recursos contrários à anterior, fazendo com que os eminentes ministros, em gesto de admirável grandeza, revissem seus pensamentos e editassem nova ementa.

Se a Súmula 263 foi cancelada pela 293, certamente com bons argumentos, o mesmo, espera-se, irá acontecer com a Súmula 306, com o que se estará a fazer Justiça, *suum cuique tribuere*.

Ao arremate: a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, rogada a indispensável vênua, incide em vários equívocos: a) ignora a existência de lei posterior e especial, que revogou a lei anterior e geral, acerca da titularidade da verba honorária; b) aplica compensação à verba alimentar que não a admite; c) suprime dos advogados o direito à percepção de valores que a lei lhes assegura e que têm caráter alimentar, repita-se; d) concede às partes, aos litigantes do processo, uma isenção de verba de sucumbência não prevista em lei.



NOTAS

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2ª. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1965.

² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, parte geral das obrigações*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das obrigações*. T. I. São Paulo: Saraiva, p. 329.

⁴ *Codice Civile e Leggi Complementari*. Roma: Casa Editrice Stamparia Nazionale, p. 216.

⁵ DESCARTES, René. *O discurso do método*. Coleção Os pensadores. 2ª ed. Editora Abril Cultural, 1979, p. 25.

⁶ (RE nº 166.772, min. Marco Aurélio, referido pelo des. Newton Trisotto nos Embargos Infringentes nº 2005.005841, Itajaí, DJ 25.01.2006, p. 4).

⁷ CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. Vol. II, in *Opere Giuridiche*. Nápoles, 1976, vol. III, página 74, tradução livre.

⁸ *Zivilprozessordnung*, §§ 91 e 92 e *Code de Procédure Civile*, artigos 130 e 131.

INCLUSÃO DE JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO NA PLR

CÁLCULO PARA PAGAMENTO NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Andrea Ribeiro Pozzi de Carvalho
Advogada

Elisaura Fernandes da Silva
Advogada

As sociedades de economia mista, assim como as demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detém a maioria do capital social com direito a voto, encontram-se vinculadas ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Dentre as competências do DEST, encontra-se a atribuição para manifestar-se sobre as propostas – encaminhadas pelos respectivos Ministérios setoriais – de quantitativo de pessoal próprio, acordo ou convenção coletiva de trabalho, programa de desligamento de empregados, planos de cargos e salários, criação e remuneração de cargos comissionados, inclusive os de livre nomeação e exoneração e participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas¹.

Neste sentido, o DEST, em sua antiga denominação (Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE), editou a Resolução nº 10, de 30 de maio de 1995, cujo art. 2º se refere apenas aos dividendos como base de cálculo para o pagamento da PLR.

Por sua vez, a figura dos Juros sobre Capital Próprio (JCP) foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio em 26 de dezembro de 1995, através da Lei nº 9.249/95.

Logo, dos eventos cronológicos acima narrados já poderíamos concluir que a omissão da resolução em relação ao JCP não significa a sua proibição de constar na base de cálculo da PLR, mas sim que não existia tal figura no ordenamento jurídico à época da edição da mencionada Resolução CCE nº 10/95.

Entretanto, esta conclusão resta ainda mais evidenciada quando estudamos mais atentamente a natureza jurídica dos JCP, que possui dois vieses coexistentes: societário e tributário.

Sobre o tema, o Prof. Luiz Carlos Piva defende, no livro *Direito das Companhias*, que os JCP, de fato, possuem duas naturezas distintas, ou seja, uma do ponto de vista societário e outra do ponto de vista tributário:

O fato de que os “juros sobre capital próprio” somente poderão ser pagos mediante “a existência de lucros, lucros acumulados ou reserva de lucros” mostra que esses “juros” têm natureza diferente, conforme sejam considerados do ponto de vista da lei fiscal e da lei comercial: para a lei tributária, são juros, dedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica, e para a lei societária constituem distribuição de lucros aos acionistas; e para evitar dúvidas de que para gozar da vantagem fiscal a pessoa jurídica



Andrea Ribeiro Pozzi de Carvalho, advogada

não teria que pagar tanto o dividendo obrigatório, quanto os juros sobre capital próprio, o Congresso introduziu no projeto o §7º, autorizando-a a imputar o valor dos juros sobre capital próprio ao montante do dividendo obrigatório.

O dividendo é a remuneração obrigatória para as sociedades anônimas, enquanto o JCP foi criado como um instrumento de remuneração dos sócios, atrelado ao capital investido na sociedade, podendo ser deduzido da base de cálculo do Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no caso de pessoas jurídicas tributadas pelo Lucro Real.

Para fins societários, os JCP são considerados como uma forma de remuneração dos acionistas através da distribuição de resultados, sendo uma opção dada às sociedades anônimas tributadas pelo lucro real.

Esse fato é corroborado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) através da Deliberação nº 207/96, na qual estabeleceu que os JCP sejam registrados na Companhia como distribuição de lucros.

Nesse mesmo sentido, o parágrafo 7º do art. 9º da Lei nº 9.249/95 determina que o JCP pode ser imputado ao valor dos dividendos obrigatórios dos acionistas, conforme observamos a seguir:

Essa opção de utilizar os JCP para remuneração dos acionistas é justamente em benefício da sociedade, pois como esse pagamento é contabilizado, para fins tributários, como despesa dedutível na empresa, ela não arcará com os tributos.

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, *pro rata* dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP. (...)

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º."

Por sua vez, pelo viés tributário, os JCP têm a natureza de despesa financeira para a empresa que os paga, e, conforme já mencionado, são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL para efeitos de apuração do lucro real.

Não por outro motivo o art. 30 da Instrução SRF nº 11/96 dispõe que, para efeito de dedutibilidade na determinação do lucro real, os JCP, pagos ou creditados, ainda que imputados aos dividendos ou quando creditados à conta de reserva específica, deverão ser registrados em contrapartida de despesas financeiras.

Além do mais, na citada Deliberação nº 207/96 da CVM, é estabelecida no inciso VIII, abaixo transcrito, a possibilidade

de contabilização dos JCP como despesa ou receita financeira, mas única e exclusivamente para fins de atendimento às disposições tributárias. Ou seja, isso demonstra a possibilidade de compatibilização entre as duas naturezas:

I – Os juros pagos ou creditados pelas companhias abertas, a título de remuneração do capital próprio, na forma do artigo 9º da Lei nº 9.249/95, devem ser contabilizados diretamente à conta de Lucros Acumulados, sem afetar o resultado do exercício.

(...)

V – Os juros pagos ou creditados somente poderão ser imputados ao dividendo mínimo, previsto no artigo 202 da Lei nº 6.404/76, pelo seu valor líquido do imposto de renda na fonte.

(...)

VII – O disposto nesta Deliberação aplica-se, exclusivamente, às demonstrações financeiras elaboradas na forma dos artigos 176 e 177 da Lei nº 6.404/76, não implicando alteração ou interpretação das disposições de natureza tributária.

VIII – Caso a companhia opte, para fins de atendimento às disposições tributárias, por contabilizar os juros sobre o capital próprio pagos/creditados ou recebidos/auferidos como despesa ou receita financeira, deverá proceder à reversão desses valores, nos registros mercantis, de forma a que o lucro líquido ou o prejuízo do exercício seja apurado nos termos dessa Deliberação.

Assim, o tratamento determinado pela CVM em não considerar os JCP como despesas financeiras tem como um dos objetivos não afetar as participações e destinações apuradas com base no lucro societário, dentre elas os dividendos e a própria PLR.

Neste sentido, é possível compatibilizar estas duas exigências (da SRF e da CVM), visto que a própria CVM estabeleceu uma alternativa para as sociedades que consideram os JCP como despesa financeira para fins tributários, através da reversão desses valores, nos registros mercantis, de forma a que o lucro líquido ou o prejuízo do exercício seja apurado nos termos daquela Deliberação.

A própria Receita, no entendimento manifestado pela SRF/7ª RF, através de resposta a consulta formulada, conforme Decisão nº 68, de 6/3/98, entendeu que os juros pagos ou creditados individualmente a titular, sócios ou acionistas, sob o fundamento de remuneração do capital próprio, que não tenham sido computados na apuração do lucro líquido do exercício, poderão ser excluídos para fins de determinação do lucro real.

Assim, a própria Receita endossou o procedimento que a CVM determina na referida Deliberação, o que confirma que a natureza societária de dividendos dos JCP não é afetada pelo tratamento tributário dado a essa figura.

Outro ponto relevante é o de que a opção da distribuição dos lucros aos acionistas – seja por meio de dividendos ou JCP – é da sociedade, que avaliará o melhor tratamento a ser dado, sobretudo para fins tributários.



Elisaura Fernandes da Silva, advogada

Essa opção de utilizar os JCP para remuneração dos acionistas é justamente em benefício da sociedade, pois como esse pagamento é contabilizado, para fins tributários, como despesa dedutível na empresa, ela não arcará com os tributos.

Assim, uma vez que a lei admite que os JCP sejam descontados do valor dos dividendos obrigatórios, por representarem uma forma de remuneração aos acionistas pelos lucros auferidos pela sociedade, e, caso a sociedade faça efetivamente uso desta possibilidade legal, consequentemente, o valor do JCP há de ser considerado também para o cálculo da PLR.

Isso porque, a PLR, conforme Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, representa a participação dos empregados nos lucros que ajudaram a produzir, tendo como escopo integrar o capital e o trabalho, como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.

Conclui-se, portanto que, para fins societários, os juros sobre o capital próprio são forma alternativa de pagamento de dividendos, não havendo nenhum óbice legal na inclusão dos JCP na base de cálculo do pagamento da PLR por sociedades de economia mista, em que pese a redação aparentemente restritiva da Resolução CCE nº 10/95.



NOTA

¹ Conforme Decreto nº 7.675/2012, art. 6º, inciso IV, alínea "g"

AS TAXAS DE JUROS NO BRASIL

Antônio Oliveira Santos

Presidente da CNC

Causa perplexidade a todos os analistas o fator excêntrico de ostentar o Brasil as mais altas taxas de juros reais do mundo, tanto para o setor privado como para os títulos do Tesouro Nacional. De um modo geral, essas taxas são “puxadas” pela taxa básica SELIC, fixada pelo Banco Central, cuja explicação carece de uma justificação convincente.

Coexistem, no Brasil, duas políticas monetárias: uma patrocinada pelo Governo, com vistas à expansão dos empréstimos do BNDES, CEF e Banco do Brasil, e outra comandada pelo Banco Central, que, presumivelmente, atuaria sobre o sistema de crédito privado. No fundo, a elevada taxa de juros SELIC, além de influenciar o custo da colocação dos títulos públicos, também serve de parâmetro à captação de recursos pelos bancos comerciais e de investimentos. Inclusive para os fundos de Renda Fixa, que vendem quotas no mercado de capitais.

A partir daí, é importante ressaltar que, apesar da ênfase desproporcional que tem sido dada à taxa SELIC, as taxas pagas pelos consumidores e empresários são muito mais elevadas. Isso se deve à diferença entre a taxa pela qual os bancos tomam dinheiro emprestado e a taxa pela qual emprestam dinheiro, ou seja, o chamado *spread* bancário. A taxa de juros média paga pelas pessoas físicas no Brasil é de 46% a.a. e pelas pessoas jurídicas 40% ao ano. Fica difícil imaginar a viabilidade de algum projeto frente a esse custo de captação. Daí a corrida aos empréstimos dos bancos públicos.

Mas isto não é tudo, face aos escandalosos juros cobrados dos inocentes consumidores. Parece inacreditável, mas, segundo a ANEFAC – Associação Nacional dos Executivos de Finanças e Contabilidade, a taxa média de juros paga pelo consumidor gira em torno de 6,5% ao mês ou 116% ao ano. No caso do cheque especial, a taxa média está em cerca de 8,2% ao mês.

O argumento dos bancos privados, para justificar tamanha discrepância, reside no chamado “Custo Brasil”, que seria o grande culpado pelas taxas estratosféricas cobradas aos clientes. É útil, então, recorrer-se ao Relatório de Economia Bancária e Crédito de 2009, o último divulgado pelo Banco Central, no qual há uma decomposição do *spread* bancário, tornando possível detectar as causas de seu inchaço.

Como demonstra o Relatório, a carga tributária tem um peso considerável, respondendo por mais de 24,7% do total do



spread. A inadimplência também possui um peso grande, sendo responsável por mais de 27% da totalidade. Além disso, os custos administrativos dos bancos representam 14,6% do *spread*. No entanto, o maior componente do *spread* bancário é a margem líquida dos bancos que responde por mais de 31% do total.

Nesse contexto, a diminuição do *spread* não depende apenas da redução da taxa SELIC, mas também do aumento da eficácia do Sistema Tributário Nacional, assim como de uma maior competição no mercado bancário do Brasil, tornando-o mais eficiente e reduzindo seus lucros, com o que sairão favorecidos os consumidores, que, no caso, são tomadores de recursos.

Sendo assim, é possível concluir que há um excesso de ênfase no Banco Central quanto à formação da política monetária. Muitas das causas que colocam a inflação acima da meta fogem ao raio da ação da taxa SELIC. Seria, pois, do melhor alvitre, apostar numa maior consonância e consistência entre a política fiscal, assim como no encaminhamento das reformas que possam resolver o problema da indexação, e da cunha fiscal que pesa sobre os juros bancários.

Adicionalmente, torna-se necessário simplificar o Sistema Tributário e criar condições para elevar a competição entre as instituições financeiras, possibilitando a redução do *spread*. Essas medidas retribuiriam, significativamente, para a queda das taxas de juros no Brasil e não apenas para a queda da taxa SELIC. Isso, além da correção necessária para impor limites razoáveis às extravagantes taxas de juros cobradas na utilização dos cartões de crédito.



BRASIF

45 ANOS PENSANDO ADIANTE



As empresas Brasif estão completando 45 anos de história. E só chegaram tão longe porque, desde o início, se apoiaram em três bases: a confiança de seus clientes, a força de seus colaboradores e parceiros e o olhar voltado para o futuro. Graças a esses valores, a Brasif cresceu e se transformou em uma referência de qualidade e inovação. Uma companhia que acredita no Brasil e, por isso, trabalha diariamente pelo seu desenvolvimento. **A todos que acreditaram nesse sonho, nosso muito obrigado.**

BRASIF
MÁQUINAS

BRASIF
Rental

BRASIF
IMOBILIÁRIA

BRASIF
INVESTIMENTOS

BRASIF
AGRONEGÓCIO

Matá Velha
FABRIL DE QUALIDADE



GENEAL
Genética e Biotecnologia Animal

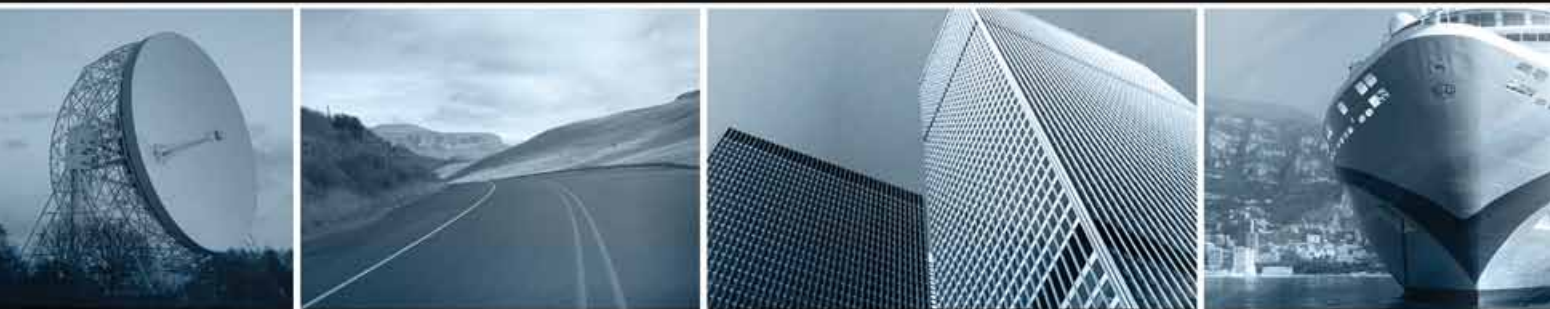
LOUNGERIE

Brasif Social

EMPRESAS
BRASIF
45
ANOS

FONTES • TARSO RIBEIRO

ADVOGADOS



- Direito Econômico e Antitruste
- Direito Regulatório / Concessões de Serviços Públicos, Transportes, Telecomunicações, Portos e Rodovias
- Parcerias Público-Privadas
- Licitações e Contratos Administrativos
- Jurisdição Constitucional
Ações Diretas de Inconstitucionalidade, *Amicus Curiae*
- Direito Tributário
- Direito Societário
- Direito Comercial
- Direito Bancário
- Direito do Consumidor
- Direito do Trabalho e Previdência Social
- Direito Imobiliário
- Direito Ambiental
- Energia, Petróleo e Gás
- Contencioso (Cível e Comercial)
- Auditoria Legal
- Reestruturação e Recuperação Econômica de Empresas
- Mercado Asiático
- *Competition / Antitrust Law*
- *Regulation / Public Services Concessions
Transportation, Telecom, Ports, Highways*
- *Public-Private Partnerships*
- *Bidding Procedures & Government Contracts*
- *Judicial Review
Direct Actions of Unconstitutionality, Amicus Curiae*
- *Tax Law*
- *Corporate Law*
- *Commercial Law*
- *Banking*
- *Consumer Relations*
- *Labor Law*
- *Real Estate Law*
- *Environmental Law*
- *Energy, Oil & Gas*
- *Litigation (Commercial & Civil)*
- *Audit / Due Diligence*
- *Restructurings & Reorganizations*
- *Asian Affairs*



RIO DE JANEIRO

RUA DO MERCADO, 11 • 7º ANDAR • PRAÇA XV • CEP 20.010-120 • +55 (21) 2176.7800

RIO DE JANEIRO • SÃO PAULO • BRASÍLIA

