

prática FORENSE

www.zkeditora.com/pratica

ano III

abril/2019

nº 28



 zakarewicz
editora

Contratação de advogados pelo poder público e a notória especialização

Saiba Mais

Responsabilidade do sócio
após deixar a sociedade

Rodrigo Bella Martinez

Direito e Ficção

A Lava-Jato e o Curupira

Euro Bento Maciel Filho

Enfoque

A prática reiterada
do feminicídio

Eudes Quintino de
Oliveira Júnior

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

prática FORENSE

EDITORIA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nas-sif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgeron de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Charles Design

Revisão: Equipe ZK

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: www.zkeditora.com/pratica

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

**zakarewicz
editora**

POR AMADEU GARRIDO DE PAULA



ARQUIVO PESSOAL

Exposição, fragilidade e morosidade do Judiciário

Se temos Poderes Republicanos em questionamento popular e da imprensa cada vez mais crescente, a insegurança dos cidadãos e as críticas recaem não apenas sobre o Executivo e o Legislativo, mas também sobre o Judiciário.

Há uma profunda diferença entre os dois primeiros e o último, mas as condutas dos magistrados têm colaborado para que todos fiquem no mesmo balaio.

O Judiciário não é um Poder caracterizado pela proatividade política. Não toma decisões e executa atos discricionários, como o Executivo. Do mesmo modo, não elabora leis, como o Legislativo. Cabe-lhe simplesmente aplicá-las.

O direito é uma ciência ou, para quem contesta tal asserção, é no mínimo uma arte vinculada a parâmetros, cujo exercício deve ser extremamente cuidadoso, para que aqueles, que constituem o acervo normativo que rege a sociedade, não balancem ao sabor de vendavais, fato gerador de insegurança jurídica, um dos maiores males que podem afetar uma sociedade.

O Supremo Tribunal Federal – STF viu-se na contingência de preencher o vazio político deixado pelos demais poderes, com seus erros e omissões. Assim, caminhou de seu sentido minimalista – estritamente destinado a aplicar o direito – para decisões que, devidamente analisadas, caberiam aos outros poderes da República. Com isso, nossas instituições sofrem uma crise no mecanismo de “checks

“Se o direito é uma ciência de princípios científicos, estes devem ser procurados com afinco, tal qual um cientista que se leva ao extremo intelectual em seu laboratório. Nunca foi tão importante para nosso País a responsabilidade dos juízes em relação a esses princípios.”


and balances” (freios e contrapesos), segundo o qual ao Judiciário só cabe repor as coisas ao leito jurídico natural, remediando a violação das leis e, sobretudo, da Constituição Federal.

Isso na cúpula. Na base, o combate à corrupção, absolutamente necessário, implicou em outra crise que há de ser superada. O exemplo maior foi o modo como exerceu seus deveres de magistrado o Juiz Moro. No mais das vezes acertado, em outras manifestou excesso de poder, como no caso das conduções coercitivas midiáticas, mesmo antes da intimação do acusado para depor. A imagem da pessoa levada sob vara à frente de um Juiz, fica irremediavelmente comprometida aos olhos do povo, quando pública e como se estivesse sob um decreto prisional, ainda que depois seja declarada, com todas as letras, inocente.

É o empoderamento das Juízas e Juízes de primeira instância, que se torna ainda mais acentuado ante a morosidade do acesso às instâncias superiores. Falamos dos casos comuns. O juiz de primeiro grau emite uma ordem gravosa para um jurisdicionado – não raro uma prisão – certo de que, no mínimo por vários meses, sua ordem será cumprida.

Depois de libertado, o destinatário de uma decisão afastada do bom direito já produziu seus efeitos deletérios à pessoa humana.

O Judiciário era um poder discreto, mas encerrado numa torre de marfim inacessível. Evidentemente, é salutar sua abertura à crítica popular e democrática. Porém, tal exposição exige uma revisão dos conceitos de seus membros, quando se trata de exercer a autoridade que lhes atribuem as leis.

Se o direito é uma ciência de princípios científicos, estes devem ser procurados com afinco, tal qual um cientista que se leva ao extremo intelectual em seu laboratório. Nunca foi tão importante para nosso País a responsabilidade dos juízes em relação a esses princípios. Decidir sem preocupação com os postulados assentados na ciência jurídica, ou de acordo com uma orientação pessoal que seria até mesmo admissível no âmbito da liberdade acadêmica, não é compatível com a atividade jurisdicional. Essa deve ser urgentemente aprimorada em nosso País, não para ser homogênea e não criativa no campo da exegese das leis, mas para aproximar-se o melhor possível dos princípios, preceitos e regras de direito. Essa atividade consensual entre as instâncias judiciárias, juntamente com uma reforma profunda e urgente, para que nossa Justiça não seja mais insuportavelmente tardia, é imperativo inadiável para realização do justo entre nós e recuperação da confiabilidade no plano internacional. 

Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Familiar

**Tatiana de Freitas Giovanini Mochi
Valéria Silva Galdino Cardin**



R\$ 58,00
Frete incluso



Tel.: (61) 3263-1362
comercial@zkeditora.com.br

“A obra que ora apresenta-se ao público versa de forma profunda e original sobre as distintas formas de violência que atingem crianças e adolescentes, seja ela física, psíquica, sexual ou moral, desvelando paulatinamente como as mesmas se desenham no íntimo da convivência familiar, com particular destaque para o abandono afetivo e a alienação parental, que lesionam gravemente a integridade psíquica e moral dos menores de dezoito anos, e que lhes são muitas vezes impostas pelos seus próprios genitores.”

Gisele Mendes de Carvalho

SUMÁRIO

3

Primeira Página

Exposição, fragilidade e morosidade do Judiciário

Amadeu Garrido de Paula

8

Especial

Contratação de advogados pelo poder público e a notória especialização

Ives Gandra da Silva Martins

15

Destaque

Reforma da Previdência, pequenos detalhes e o lado humano da discussão

João Badari

17

Direito de Trânsito

Cassação e suspensão da habilitação nos casos de recepção, descaminho e contrabando – Lei nº 13.804/19

Eduardo Luiz Santos Cabette

20

Prática Jurídica

Os “donos” da verdade, os heróis e o sistema criminal brasileiro

Marcelo Aith e Rodrigo Fuziger

23

Questões de Direito

O pacote anticrime para atacar o seio do crime organizado e da criminalidade crescente

Joaquim Leitão Júnior e Marcel Gomes de Oliveira

30

Vade Mecum Forense

Leilões judiciais frustrados

Ana Carolina Osorio

32

Know How

Os nossos atos falhos de cada dia

Rômulo de Andrade Moreira

37

Processos e Procedimentos

Modelo de parecer jurídico de Direito Administrativo

Aline Pretel Giusti

42

Painel Universitário

Estado democrático: Razoável duração do processo como um direito fundamental

Mirian Maria da Luz, Rayla Maria de Brito e Rodrigo de Lima Leal

48

Fichário Jurídico



Arras e cláusula penal – Aplicação prática nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel

Claudete Inês Pelicioli

55

Direito e Ficção



A Lava-Jato e o Curupira

Euro Bento Maciel Filho

58

Planejamento Financeiro



Imóveis na Física ou na Jurídica

*Marcia Dessen e
Luciana Pantaroto*

60

Expressões Latinas



**Ad praeteritum
(Para o passado)**

Vicente de Paulo Saraiva

62

Saiba Mais



Responsabilidade do sócio após deixar a sociedade

Rodrigo Bella Martinez

64

Casos Práticos



“Reconhecimento facial: O futuro chegou”

Flávio Filizzola D'Urso

66

Enfoque



A prática reiterada do feminicídio

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

68

Prática de Processo



Recuperação de tributos – qual a via judicial escolher?

Sabrina Bernardi Pauli

70

Prática de Processo



É taxativo mesmo?

Hugo Filardi

72

Espaço Aberto

O que esperar do novo cadastro positivo de crédito

*Gustavo Milaré e
João Pedro Alves Pinto*

Contratação de advogados pelo poder público e a notória especialização

por IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Pessoalmente, entendo, pois, que nenhum escritório de advocacia deva participar de licitações, por força do Código de Ética da Profissão, pois é forma de angariar clientes, quando, de rigor, os advogados devem sempre ser por eles procurados e não procurá-los, em captação proibida pelo Código de Ética.”



Duas breves considerações fazem-se necessárias. A primeira delas é que o art. 25, inciso II, e § 1º da Lei nº 8.666/93 tem a seguinte redação:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

.....

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º *Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

.....” (grifos meus).

Fala, o legislador, em serviços técnicos com profissionais ou empresas de notória especialização. O § 1º, por outro lado, explicita que a notória especialização decorre de a atividade ser exercida por profissional cuja empresa tem conceito no campo de sua especialidade decorrente de

- a) Desempenho anterior;
- b) Estudos;
- c) Experiências;
- d) Publicações;
- e) Organização;
- f) Aparelhamento;
- g) Equipe;
- h) Técnica
- i) Ou outros requisitos relacionados à suas atividades.

Não exige, a Lei de Licitações, que o profissional seja de “notável saber jurídico”, como, por exemplo, impõe o art. 101 da CF para escolha de Ministros do STF, estando o “caput” do art. 101 assim redigido:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de *notável saber jurídico* e reputação ilibada” (grifos meus).

A diferença entre a notória especialização em direito e o notável saber jurídico está no reconhecimento, perante a comunidade, de seu saber jurídico, no âmbito da expressão “notória especialização”, e de um saber excepcional, acima dos melhores especialistas, no âmbito do “notável saber jurídico”. Alguém pode ter notório conhecimento na comunidade jurídica, sem que seu conhecimento seja notável. Pode ser um excelente profissional, sem ser um juriconsulto, na versão romana, de um criador do Direito, de um formulador de teses jurídicas.

Um profissional notoriamente conhecido, pode não ser notável e um profissional notável pode não ser conhecido na sua comunidade, se poucos tiverem acesso à sua obra.

Para o Supremo Tribunal Federal não pode o notório especialista em direito ser conduzido, se não ostentar notável saber jurídico. Para a Lei de Licitações, se for notório e bom conhecedor, mesmo que não seja notável, no sentido de muito superior, ou seja, de ser jurista, pode ser escolhido sem licitação, desde que, naquela área específica, seja conhecido como excelente especialista.

Uma segunda observação faz-se necessária, diz respeito ao Código de Ética do Advogado.

Reza o art. 34, inciso IV, que:

“Art. 34. Constitui infração disciplinar:

.....

IV – angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de”.

Quando Conselheiro da OAB-SP de 1979 a 1984, fui membro da Comissão de Ética e Disciplina, nos primeiros 2 anos, e, depois, da 1ª Câmara Revisional, pelas infrações éticas, nos 4 últimos anos. Nunca admiti captação de clientela. Na época, redigi para meus alunos da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie e para a OAB e outras instituições jurídicas o Decálogo do Advogado em que, no ponto 6, digo:

“6. O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho.”

Entendia, à época e continuo entendendo agora, que, pelo Código de Ética, o advogado não pode participar de licitações, pois trata-se de uma forma de angariar clientes proibida pelo mencionado diploma, podendo apenas ser contratado por notória especialização.

O interessante é que a Suprema Corte, em duas das manifestações sobre a contratação de advogados por notória especialização, entendeu que podem ser contratados sem licitação, independentemente de serem notórios os contratados.

No primeiro caso (Inquérito 3074 Santa Catarina) assim decidiu a Suprema Corte, em caso relatado pelo preclaro Ministro Luís Roberto Barroso:

“26/08/2014 PRIMEIRA TURMA

INQUÉRITO 3.074 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

EMENTA: IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta.

Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

ACÓRDÃO

Supremo Tribunal Federal

Ementa e Acórdão

Inteiro Teor do Acórdão – Página 2 de 36

INQ 3074 / SC

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, em questão de ordem, em rejeitar a proposta formulada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido do desmembramento dos autos do inquérito. Na sequência, por maioria de votos, acordam em rejeitar a denúncia, nos termos do voto do relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 26 de agosto de 2014.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR¹.

Condicionou, o Pretório Excelso, a contratação por notória especialização a

- a) existência de procedimento administrativo formal;
- b) notória especialização profissional;
- c) natureza singular de serviço;
- d) demonstração da inadequação e prestação de serviço pelos integrantes do Poder Público;
- e) cobrança de preço compatível com o serviço.

Por outro lado, o Ministro Dias Toffoli no Inquérito 3077 de Alagoas relatou processo cuja ementa restou assim definida:

“29/03/2012 – PLENÁRIO

INQUÉRITO 3.077 ALAGOAS

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Art. 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia.

1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal.

2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL.

3. *O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação:*

os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.

4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, *caput*).

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Min. Cezar Peluso, na conformidade da ato do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente a acusação, contra o voto do Sr. Min. Marco Aurélio.

Brasília, 29 de março de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI" (grifos meus)².

No referido julgamento, claramente, o Ministro esclarece o diferencial entre notório e notável, mas acrescenta o elemento confiança, ao dizer:

"3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação:....".

Na defesa da Advocacia, tenho me posicionado sempre a favor da importância do exercício profissional numa democracia e, principalmente, no que diz respeito ao direito de defesa.

O livro que coordenei com Marcos da Costa intitulado "A importância do direito de defesa para a democracia e a cidadania" (Ed, OAB/DF e OAB/SP, 2017), com a colaboração dos seguintes advogados e juristas: Alberto Zacharias Toron, Américo Masset Lacombe, Ana Regina Campos de Sica, Angela Vidal Gandra da Silva Martins, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Arnaldo Wald, Carmen Silvia Valio de Araujo Martins, Claudio Pacheco Prates Lamachia, Cristiano Ávila Maronna, Dircêo Torrecillas Ramos, Elias Mattar Assad, Fábio Tofic Simantob, Fernanda Marinela, Ives Gandra da Silva Martins, José Bernardo Cabral, Juliana Abrusio, Kiyoshi Harada, Lenio Luiz Streck, Leonardo Rodrigues Garbin, Luiz Flávio Borges D'Urso, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marcos da Costa, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Maurício Ávila Prazak, Pierpaolo Cruz Bottini, Regina Beatriz Tavares da Silva, René Ariel Dotti, Ricardo Breier, Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho, Roberta de Amorim Dutra, Ruy Martins Altenfelder Silva, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, Tales Castelo Branco e Tatiany Ramalho, procuramos demonstrar que o advogado mais do que o jurista tem o relevante papel de preservar um direito inexistente nas ditaduras, que é o de defesa e que o constituinte considerou-o de tal relevância, que impôs não qualquer defesa, mas a ampla defesa como princípio fundamental, tal qual dispõe, de rigor, o art. 5º, inciso LV, da Lei Suprema, com a seguinte dicção:

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

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifos meus).

A própria distinção que sempre fiz entre jurista e advogado, não desmerece o papel de advogado perante aquele, antes o realça, pois se o jurista sinaliza os caminhos do Direito, quem os trilha é o advogado.

Escrevi sobre a diferença o seguinte:

“O jurista é, por excelência, o doutrinador de Direito. É o produtor da Ciência que permite orientar a conformação jurídica dos povos.

Os romanos ofertavam ao jurisconsulto papel de relevância na produção normativa, visto que o direito pretoriano não desconhecia o seu intenso labor.

A profissão do advogado, de rigor, ganhou sua relevância atual entre os romanos, sendo, todavia, tão antiga quanto a sociedade organizada. Há julgamentos célebres, em que o defensor dos acusados exercia o papel de advogado. Os diversos Códigos anteriores a Hamurabi não desconheciam a importância dos julgamentos imparciais, pressupondo o exercício da advocacia.

Não é de esquecer, no julgamento de Frinéia, a técnica de seu advogado ao despi-la perante os julgadores para perguntar se a beleza poderia aliar-se ao crime.

Entre os romanos, todavia, é que a profissão do advogado ganhou sua relevância atual, com remuneração diferenciada. A “honorária” constituía verdadeira honraria, reputando-se homenageados os defensores com tal pagamento. E, até hoje, não recebem os advogados salários ou remuneração, mas honorários por seu trabalho.

O advogado, todavia, não é jurista. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa de seu constituinte. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção de resultado que melhor satisfaça o interesse de seu cliente. Nem por isto lhe é dado transigir, adulterando o sentido da lei ou a prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permita. Sua habilidade está em potencializar a lei e o processo a favor de seu cliente.

O advogado não é, entretanto, o elaborador da Ciência. É um aplicador do Direito, mas não é o seu criador. É o conhecedor da lei, mas não seu inspirador. É o profissional que dá estabilidade à aplicação da ordem legal, mas não seu administrador.

Já o jurista é um produtor de Ciência, pois deve orientar a melhor interpretação do Direito, conformar os alicerces de sua produção e colaborar com os legisladores positivos e negativos, que são as Casas Legislativas e os magistrados.

O jurista é, portanto, um autêntico inspirador do Direito.

Não pode ficar adstrito a um conhecimento limitado à própria técnica produtora da norma, mas deve ter uma visão mais abrangente. É o instrumentalizador de todas as ciências sociais, no plano jurídico. Deve ostentar cultura humanística que lhe permita descortinar, no Direito positivo, o Direito Universal e Intertemporal. Deve ser, pois, historiador, filósofo, economista, sociólogo, mestre em ciências antecipatórias, psicólogo, sobre não desconhecer rudimentos das Ciências Exatas.

O Direito, em verdade, é a Ciência Universal, por excelência. Abrange todas elas. Dá-lhes a dimensão desejada por um povo, em um determinado território, na conformação do ordenamento positivo.

Está, pois, o jurista na essência e na base do processo produtivo e aplicacional do Direito, em profunda colaboração com aqueles que têm a missão sem serem, muitas vezes, especialistas na matéria – de produzir o Direito.

A grande maioria dos juristas tem sua origem na classe dos advogados”.

Por esta razão é que no meu “Decálogo do Advogado”, nos pontos 3, 4, 5, 7, 8 e 9, escrevi:

“3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário El Cid, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos.

4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito.

5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada.

7. Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas.

8. Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto, fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo.

9. O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo”.

Pessoalmente, entendo, pois, que nenhum escritório de advocacia deva participar de licitações, por força do Código de Ética da Profissão, pois é forma de angariar clientes, quando, de rigor, os advogados devem sempre ser por eles procurados e não procurá-los, em captação proibida pelo Código de Ética.

p2018-014 ADAPTADO EM ARTIGO OP LEG Nelson Wilians – Ives 

NOTAS

- 1 <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25286552/inquerito-inq-3074-sc-stf/inteiro-teor-143454387?ref=juris-tabs>
- 2 STF – Inq: 3077 AL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012.



ARQUIVO PESSOAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.



POR JOÃO BADARI

ARQUIVO PESSOAL

Reforma da Previdência, pequenos detalhes e o lado humano da discussão

Pense em um senhor da idade, que sofre de Alzheimer e vive em um asilo. O idoso mencionado recebe por meio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), mensalmente, um total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Contudo, 70% do recebido pelo segurado é destinado à casa de repouso onde reside e o idoso possui gastos mensais de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) com remédios para o tratamento de sua doença. O resultado é um saldo negativo da sua conta bancária todos os meses.

Esse é apenas mais um de tantos casos existentes hoje em que advogados previdenciários buscam na Justiça o direito ao custeio de remédios pelo Sistema

Único de Saúde (SUS). O tal caso referido aconteceu em Joanópolis, município no Estado de São Paulo, e muitas vezes as ações judiciais do tipo são feitas de forma gratuita pelos profissionais da área devido à gravidade dos casos e à falta de condições financeiras das pessoas envolvidas em questão.

Atualmente, muito se discute pontos da reforma da Previdência proposta pelo governo federal como o fim do tempo de contribuição e as regras de transição colocadas na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 06/2019. São discussões importantíssimas, mas que deixam de lado muitas vezes detalhes importantes presentes na reforma que afetam e fazem uma enorme diferença para camadas mais vulneráveis da população, como os segurados idosos.

Um exemplo é a possibilidade de que seja proibido que o idoso possa judiciar o seu direito a ter remédios custeados, ou seja, que possa entrar na Justiça com ações de fornecimento de medicamentos.


É o que pode ocorrer caso seja aprovada a proposta de Reforma da Previdência hoje em discussão na Câmara dos Deputados. Mas é possível que, por meio de um projeto de lei com alterações das regras previdenciárias, o brasileiro acaba por perder o seu direito constitucional à saúde?

A PEC 06/2019 altera o § 5º do art. 195 da Constituição Federal, de modo que passa a nova redação a determinar que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio total”.

A introdução dos termos “por ato administrativo, lei ou decisão judicial” dificulta o acesso a remédios e tratamentos e é inconstitucional, pois fere o direito fundamental à saúde presente no art. 6º da Constituição. Trata-se de um Direito Social e, logo, cláusula pétrea que também só poderia ser alterada mediante à convocação de uma Constituinte. Também não é exagero dizer que a mudança colocada no texto da reforma fere o Princípio da Dignidade Humana quando proíbe que um idoso possa buscar na justiça a garantia da proteção de sua saúde. É inconstitucional e desumano.

Além disso, é observável que o projeto da Reforma volta a tratar de uma matéria em seu texto que não é previdenciária, como quando determina o fim da obrigatoriedade de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) por parte de empresas e o consequente pagamento da multa de 40% a empregados já aposentados, um tema de caráter trabalhista.

É fato que é necessário que seja realizada uma reforma do sistema previdenciário no país com o objetivo de resolver o déficit nas contas do sistema e outros problemas. O governo, do seu lado, ressalta o bilhão de reais gasto anualmente por conta da judicialização da saúde.

Contudo, é preciso que a discussão saia apenas da questão financeira e que sejam observadas as discrepâncias sociais existentes no país e todos os detalhes presentes no projeto. É uma obrigação se manifestar para que tal mudança não seja aprovada da parte de todos que se atentem para o lado humano dessa discussão. 

Cassação e suspensão da habilitação nos casos de receptação, descaminho e contrabando – Lei nº 13.804/19

POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



“Em se tratando de efeito da condenação prejudicial ao réu, não poderá haver retroatividade a casos anteriores quanto à cassação por condenação transitada em julgado (art. 278-A, “caput”, CTB). Já quanto à cautelar, em se tratando de norma processual, pode haver discussão. Sendo norma processual, sua aplicação se daria de imediato.”

Foi prevista pela Lei nº 13.804/19, com a criação do art. 278-A e, especificamente, seu § 2º, CTB (Lei nº 9.503/97), cautelar semelhante àquela já existente no Código de Trânsito em seu art. 294.

É agora possível que o juiz, no caso de prisão em flagrante por crimes de receptação, descaminho e contrabando, sendo o suspeito condutor de veículo automotor, tendo agido usando o veículo para as práticas criminosas, venha a suspender, em decisão motivada, sua permissão para dirigir ou CNH ou mesmo proibir a obtenção de permissão, acaso não seja habilitado.

Neste caso, a lei prevê que a cautelar poderá ser decretada de ofício pelo Juiz ou mediante requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial. Tratando-se de lei posterior à Lei nº 12.403/11, entende-se que o decreto de ofício se sobrepõe à norma do art. 282, § 2º, CPP que somente permite a ação de ofício do magistrado na fase processual, embora seja isso de duvidosa constitucionalidade. Afinal, o art. 282, § 2º, CPP veio a lume exatamente para evitar a atuação “ex officio” do Juiz na fase investigatória.

A cautelar, porém, somente poderá ser imposta se houver necessidade para a garantia da ordem pública, isso em qualquer fase da investigação ou da ação penal.

Frise-se que o art. 278-A, “caput” prevê a cassação da habilitação e a proibição de obter habilitação pelo prazo de 5 (cinco) anos, quando o infrator for condenado com trânsito em julgado pelos crimes de receptação, descaminho ou contrabando, usando veículo automotor. Não obstante, agora não se trata de cautelar, mas de efeito secundário ou extrapenal imperativo da condenação. Esse condenado poderá voltar a habilitar-se, passado o período de cinco anos, desde que se submeta a todos os exames necessários para a primeira habilitação. Isso está disposto no art. 278-A, § 1º, CTB, para impedir a ocorrência de pena de caráter perpétuo, o que seria inconstitucional.

Certamente irá surgir polêmica sobre ser esse efeito da condenação pelos crimes ali previstos automático ou uma faculdade judicial. De acordo com a redação da lei, não parece haver outro caminho interpretativo coerente que não seja o de que o efeito é automático, decorrendo diretamente do comando legal, ainda que não seja mencionado na sentença. O art. 278-A, “caput”, CTB é redigido na forma verbal imperativa (“terá cassado seu documento”), não deixando margem à dúvida. Note-se ainda que no caso da cautelar, prevista no mesmo artigo, no seu § 2º, o legislador optou pela redação facultativa, usando o verbo “poderá” ao se referir à aplicação da suspensão pelo Juiz. Isso é natural, pois que a aplicação de medidas cautelares deve ser “ultimaratio” em face da presunção de inocência. É exatamente a discrepância entre a redação do “caput”, que se refere a um efeito da sentença condenatória transitada em julgado e a redação do § 2º, que se refere a uma cautelar, que enseja a certeza de que o efeito do “caput” é automático.


Tanto na cautelar do § 2º, como no efeito da condenação, previsto no “caput” do art. 278-A, CTB, parece não restar dúvida de que nos crimes de contrabando e descaminho a aplicação será genérica, ou seja, em todas as suas formas. Já com relação à receptação, não parece restar dúvida que abrangerá a dolosa simples e qualificada. Poderá surgir, entretanto, discussão sobre se a condenação por receptação culposa também gerará o mesmo efeito. Não houve qualquer discriminação pelo legislador, de modo que parece que o mais correto é que o efeito previsto no art. 278-A, “caput”, CTB e a cautelar do seu § 2º, terão cabimento, inclusive nos casos de receptação culposa.

Embora o Código de Trânsito Brasileiro não especifique, tendo em vista a semelhança entre os dispositivos do art. 278-A, § 2º e o art. 294, CTB, certamente o recurso cabível para a suspensão cautelar, também será o Recurso em Sentido Estrito, usando como fundamento o art. 581, CPP c/c art. 294, Parágrafo Único, CTB.

Já quanto ao efeito da condenação, previsto no art. 278-A, “caput”, CTB, apenas poderá ser objeto de discussão em apelação, visando impedir o trânsito em julgado da condenação pelos crimes de receptação, contrabando ou descaminho. Após esse trânsito, nada mais poderá ser feito, a não ser, em caso de fato novo, por meio de eventual Revisão Criminal.

No que tange à “vacatio legis”, previa o art. 6º, da Lei nº 13.804/19 que os arts. 3º e 4º somente entrariam em vigor decorridos 120 dias da publicação. Acontece que ambos os artigos supramencionados foram vetados, de modo que essa especial vacância da lei não tem aplicação prática.

Poderia ocorrer que se julgasse que o restante da lei, então, iria entrar em vigor somente 45 dias após a publicação, nos termos do art. 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Porém, no início do art. 6º, da Lei nº 13.804/19 está inscrito que tal diploma entra em vigor na data de sua publicação, somente sendo exceção os artigos acima, que acabaram vetados. Dessa forma, considerando que o art. 1º, da LINDB, permite que “disposição” legal em contrário altere ou elimine a “vacatio legis”, fato é que a Lei nº 13.804/19, entrou em vigor de imediato.¹

Em se tratando de efeito da condenação prejudicial ao réu, não poderá haver retroatividade a casos anteriores quanto à cassação por condenação transitada em julgado (art. 278-A, “caput”, CTB). Já quanto à cautelar, em se tratando de norma processual, pode haver discussão. Sendo norma processual, sua aplicação se daria de imediato. Não obstante, trata-se de norma com caráter limitativo de direitos do indiciado ou réu, de modo que se apresenta como híbrida. Dessa forma, também não deverá retroagir (art. 278-A, § 2º, CTB).² 

NOTAS

- 1 ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.
- 2 Este é o entendimento defendido neste trabalho. Cf. QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da Lei Processual Penal. Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal/>, acesso em 12.02.2019.

REFERÊNCIAS

- ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da Lei Processual Penal. Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal/>, acesso em 12.02.2019.



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Os “donos” da verdade, os heróis e o sistema criminal brasileiro

por MARCELO AITH E RODRIGO FUZIGER

“E no Brasil teremos o direito ou o dever ético de realizar as investigações defensivas? A defensoria pública contará com os mesmos instrumentos investigatórios colocados à disposição do Ministério Público?”



O filósofo e poeta Friedrich Nietzsche certa feita afirmou que “as convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras”. A precariedade de uma verdade por convicção se inicia em seu alicerce: muitas vezes em dogmas sem verificação objetiva, muitas vezes em mero instinto, muitas vezes em um apanhado de impressões, quando não em pura fé. A convicção é diáfana, sem corpo, sem lastro. Por tais razões, é tão perniciosa e dificilmente combatível. Muito mais fácil, portanto, desconstruir uma mentira do que desconstituir o que se materializa sobre a fragilidade de uma convicção.

No Direito, em especial no universo criminal, a produção da verdade em um processo depende da verificação de elementos probatórios. Acusações imprescindem da comprovação de fatos, sendo insuficiente a mera convicção sobre eles. Ao menos teoricamente.

Na prática, corriqueiramente pessoas são presas, condenadas e estigmatizadas por um excesso de confiança no uso da convicção, esta que acaba por gerar erros grotescos (usualmente calcados em preconceitos raciais, socioeconômicos e congêneres). Às vezes, muito esporadicamente, tais erros judiciais são contornados. Não raro, por métodos pouquíssimos ortodoxos.

Por exemplo, no caso de um pai carioca chamado Jorge Nascimento, que em janeiro deste ano, realizou uma investigação por conta própria e conseguiu provar (obtendo, por exemplo, registros de câmeras de circuito internos) que seu filho não foi o autor de um latrocínio ocorrido alguns dias antes.

Jorge Nascimento é um herói. Todavia, o sistema criminal não pode ser concebido para forjar heróis, para ser um teste de dificuldade, em que pessoas tenham de vencer as mais diversas agruras para se chegar àquilo que é justo. É inconcebível que um pai seja responsável por investigar um caso e obter a verdade dos fatos, desqualificando a versão distorcida e injusta da lavra do Estado.

Jorge deve ser louvado por seu heroísmo (vencer injustiças é a missão precípua de um herói). No entanto, situações como essa são da ordem do intolerável e surgem de um sistema em que a produção da verdade por meios investigatórios é oficialmente monopolizada pelo Estado, que, não raro, realiza tal tarefa precariamente, por exemplo, a partir de convicções.

Nesse sentido, a quem interessa que apenas a Polícia e o Ministério Público sejam os “donos” da verdade? A paráfrase à obra “Os donos do poder” de Raymundo Faoro não é sem razão: eis que a produção da verdade se dá a partir de relações de poder e, na dinâmica atual do sistema criminal brasileiro, há uma espécie de apropriação da verdade por agentes estatais, um patrimonialismo sobre os fatos (estes que pertencem ao plano da realidade, mas são tratados como se fossem propriedade daqueles que investigam).

Com efeito, o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil no apagar das luzes de 2018 brindou a comunidade jurídica com a possibilidade de realizar investigações defensivas, sem a necessária participação dos órgãos executores do Estado. Mas, o que isto pode efetivamente beneficiar a busca da verdade no processo criminal?

Como é cediço, infelizmente, a Polícia Judiciária atua na busca de elementos indiciários para a formação do *opinio delicti* do Ministério Público. Não podemos ser ingênuos em imaginar que a Polícia Civil ou a Polícia Federal exerçam seu mister exclusivamente com o escopo de apurar se ocorreram os fatos ou que os investigados são efetivamente os possíveis autores do delito, de modo absolutamente imparcial

(eis que a imparcialidade é menos pressuposto legal e mais utopia, seja qual for o prisma e instituição sobre a qual deve recair tal presunção). Em verdade, a Polícia não raro atua como *longa manus* do órgão acusatório, como verdadeiros auxiliares do *parquet*. Como leciona Gustavo Badaró a polícia tem “clara propensão a busca as fontes de prova acusatória, não se preocupando com elementos defensivos”.


Em virtude de rotineiras situações teratológicas, em que pessoas são acusadas e condenadas com base em fragilíssimas percepções, com total ausência de elementos probatórios, mostra-se imprescindível a efetiva adoção das investigações defensivas.

Porém, algumas indagações devem ser feitas: terão os advogados de defesa possibilidade técnico-financeira para realizar o mesmo trabalho investigativo da Polícia Judiciária e do MP, que contam com a máquina do Estado e com avançada tecnologia para a efetiva consecução de seu desiderato? Será permitido a defesa convocar a vítima e testemunhas para serem ouvidas em seu escritório com escopo de realizar contraprovas? Será permitido a defesa requerer a quebra de sigilos telefônicos, telemáticos, fiscais, bancários, etc., em busca de elementos de defesa? Será permitida a busca e apreensão de documentos em poder da vítima ou de terceiros que resultariam na elucidação dos casos? Qual será o valor das provas produzidas pela defesa em sede de investigação particular?

São questionamentos aos quais a prática poderá possibilitar as respostas. Mas, uma coisa é inequivocamente certa, tão somente o correto e pleno exercício pelos advogados da investigação defensiva poderá diminuir o abismo existente entre as armas da acusação e da defesa. Aliás, não se pode olvidar que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, no art. 8.2, alínea “c”, assegura a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa”, o que, indubitavelmente, inclui o exercício da investigação defensiva.

Ressalta-se, que nos Estados Unidos, em virtude da VI Emenda, a investigação defensiva é um direito à efetiva defesa técnica – *right to a counsel*, consistindo em um dever legal e deontológico que permite e impõe ao defensor a investigação dos fatos. Já na Itália, a Lei nº 332/1995 reconheceu ao defensor o direito de produzir provas defensivas e introduzi-las no processo, mediante requerimento dirigido ao magistrado, sem qualquer mediação ou filtro pelo Ministério Público.

E no Brasil teremos o direito ou o dever ético de realizar as investigações defensivas? A defensoria pública contará com os mesmos instrumentos investigatórios colocados à disposição do Ministério Público?

Pluralizar a produção da verdade, abrindo possibilidades de investigação técnica para além do Estado – permitindo a ideia de “investigação defensiva” por advogados e defensores – traz, ao menos, duas vantagens: permitir o cotejo entre narrativas desde o momento da análise dos fatos, com a possibilidade de incrementos dos elementos probatórios (que, em razão do princípio da comunhão das provas, pertencem ao processo e não apenas à acusação e/ou defesa que os produzem) e; abrir tal possibilidade à defesa técnica é prescindir de heróis, o que é absolutamente salutar, eis que nem todo injustiçado terá o alento de possuir em sua árvore genealógica alguém como Jorge Nascimento. 



MARCELO AITH é especialista em Direito Criminal e Direito Público e professor de Direito Penal na Escola Paulista de Direito.



RODRIGO FUZIGER é advogado, doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e presidente da Comissão de Pareceres e Estudos Jurídicos da ABRACRIM-SP.

O pacote anticrime para atacar o seio do crime organizado e da criminalidade crescente

por JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR E MARCEL GOMES DE OLIVEIRA



“O projeto intitulado de Pacote Anticrime, apesar de repleto de boas intenções, apresenta com todo respeito problemas que precisam ser corrigidos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidades e ineficácia ao combate e repressão ao crime de colarinho branco e das organizações criminosas.”

Recentemente foi amplamente propalado pela imprensa à apresentação de um pacote anticrime para atacar o seio do crime organizado e da criminalidade crescente pelo atual Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro. Afinal, sabe-se que ao longo dos anos o Brasil tem enfrentado uma crise no sistema de segurança pública, onde, normalmente, o legislador, através de um direito penal de emergência, busca, apenas, alterar o quantitativo das penas – muito pouco se alterando no âmbito do direito processual penal e do efetivo cumprimento de pena.

Destarte, o pacote trouxe elogios de uma ala jurídica e crítica da outra ala.

Fato que ninguém pode ignorar é que a criminalidade avançou nas últimas décadas e que os desdobramentos da Operação Lava-Jato entre outras revelaram a necessidade do enfrentamento da criminalidade organizada e de lavagem de capitais de forma mais eficiente.

Dividiremos didaticamente os pontos mais altercados no meio jurídico:

• **Legítima defesa do policial em atividade**

Tem-se falado muito que o pacote anticrime seria uma carta branca para a polícia matar.

Isso é uma grande falácia, transvertida de uma linguagem ideológica garantista e laxista amplamente propalada no Brasil nos últimos anos. A criminalidade nunca foi tão atrevida e enfrentou o Estado-polícia como a criminalidade contemporânea.

Nada melhor após um ambiente político de mais de 1 (uma) década por ideologia da bandiolatria se dar um tratamento mais rigoroso e inédito ao crime.

Ademais, fazendo uma breve análise das modificações propostas no art. 25 do Código Penal, percebe-se que o pacote traz apenas para o texto da lei a realidade já enfrentada pelas forças de segurança pública. Muitos críticos só observam a aplicação do aludido dispositivo aos casos das favelas cariocas, todavia, esquecem das ações de “novo cangaço”, onde bandidos sitiam pequenas cidades do interior fazendo corredores humanos como forma de proteção contra investidas policiais; as últimas ações de roubo a banco nas cidades do interior de São Paulo, onde bandidos com armamentos de guerra, impediram qualquer tipo de reação das forças policiais¹.

• **Prisão após julgamento em decisão de 2ª instância (execução provisória de pena)**

Talvez aqui resida a maior polêmica de todas.

Em que pese à posição atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores, sobre a prisão após julgamento em decisão de 2ª instância, indagamos: se uma Lei Federal teria condão de sobrepor à Constituição Federal?

Sublinhamos inicialmente nesse ponto que, não somos a favor da impunidade e somos sabedores da necessidade de aprimoramento da legislação e do texto constitucional.

Com isso, apesar de concordamos que na verdade é a Constituição Federal que deveria ser alterada quanto à prisão após julgamento em 2ª instância para aí se imprimir a interpretação atual dos Tribunais Superiores, a Lei Federal em nossa análise não teria força jamais de prevalecer sob a Constituição pela pirâmide de Hans Kelsen.

Não bastasse isto, ainda visualizamos outro empecilho de ordem legal: o Pacto de São José da Costa Rica, onde permite ao acusado no processo penal a possibilidade de recorrer de decisão e isso tem um reflexo no trânsito em julgado, porquanto não preclusa as vias recursais não há que se falar em trânsito em julgado. Legislação em sentido oposto como a que contempla o Pacote Anticrime, sem

“denunciar o pacto” e deixar a República Federativa do Brasil de ser signatária do Pacto, transforma a medida legislativa (em hipótese de prosperar) no mínimo em inconveniente – acaso se supere a alteração constitucional formalmente falando por meio de Emenda.

• **Regime fechado para crimes no cumprimento de pena, ou regime fechado para quem integrar organização criminosa ou associação criminosa**

O Projeto de Lei estabelece o regime fechado para crimes no cumprimento de pena, ou regime fechado para quem integrar organização criminosa ou associação criminosa.

Não podemos olvidar que, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos crimes hediondos entendeu ser inconstitucional lei que vede abstratamente o regime integralmente fechado.

Será que esse mesmo raciocínio não será aplicado neste Projeto de Lei, caso na instância legislativa, seja exitoso? Como resposta, apenas o tempo irá nos dizer².

Entendemos ainda que o projeto de lei é claro ao afirmar que tal medida só seria possível se no decorrer do cumprimento da pena fica evidenciado que o suspeito mantém o vínculo associativo.

Neste caso, de se comprovar que o suspeito preso ainda permanece com o vínculo associativo, o mais correto seria, a nosso ver, a instauração de novo procedimento e, com a eventual condenação, o quantitativo da nova pena fixada serviria de parâmetro para a obtenção de progressão de pena e outros benefícios.

• **Criminalizar caixa dois e lavagem de capital na esfera eleitoral**

As propostas do Pacote Anticrime criminalizam o caixa dois e lavagem de capital na esfera eleitoral.

Isso é visto de forma positiva, por se procurar combater uma prática que fomenta o círculo vicioso da corrupção e de práticas espúrias entre o empresariado e os políticos, embora entendemos que na atual conjuntura, nosso ordenamento já permitiria a responsabilização criminal frente ao caixa dois e lavagem de capital.

A nossa preocupação na verdade, é que o pacote nesse ponto, seja um “atestado” para o Poder Judiciário de que eventuais condenações realizadas anteriormente a sua vigência, sejam revistas, pois isso implicaria em reconhecer numa prognose de que não existia lei antes que contemplassem essas condutas como crimes – lembrando de que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena.

Aliás, esse viés já estava previsto entre “As 10 Medidas Contra à Corrupção”, que foram elencadas da seguinte forma:

• evitar a ocorrência de corrupção (via prestação de contas, treinamentos e testes morais de servidores, ações de marketing/conscientização e proteção a quem denuncia a corrupção);

• criminalizar o enriquecimento ilícito;

• aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores;

• agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade;

• fechar brechas da lei por onde criminosos escapam (via reforma dos sistemas de prescrição e nulidades);

• criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais;

• permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras;

• viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça;

• agilizar o rastreamento do dinheiro desviado;

• fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa (por meio da ação de extinção de domínio e do confisco alargado);” [grifos nossos].

Dentre essas medidas visualizadas (dentre as 10 medidas contra à corrupção) *data máxima vênia*, se infere omissões de detalhes importantíssimos, tais como:

• Não prevê a independência e autonomia administrativa e financeira das Polícias Judiciárias (inclua-se a Polícia Federal e as Polícias Cíveis);

• Não aponta a necessidade de alterações constitucionais quanto ao trânsito em julgado (para sepultar a discussão de execução provisória na segunda instância);

• Não visualiza a necessidade do fortalecimento e investimentos maciços nas Polícias Judiciárias;

• Não preconiza a inamovibilidade do Delegado de Polícia, que acaba ficando sujeito a remoções políticas e ao talante de governantes, a título de retaliações;

• Não permite técnica de intrusão em celulares e outros equipamentos tecnológicos com autorização judicial;

• Não permite desburocratizações para que valores e bens (imóveis, veículos, aeronaves entre outros) em decorrência de lavagem de capital entre outros, sejam vertidos com maior agilidade, em prol do Estado e das Polícias Judiciárias;

• Não visualiza a desburocratização quanto a destruição com maior rapidez de armas e drogas;

• Não prioriza investimentos em inteligência policial e nem em vigilância às fronteiras e divisas.

• Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri:

Outro ponto a ser destacado acerca do Pacote Anticrime se trata justamente da efetividade do Tribunal do Júri.

Sabe-se que por força constitucional (art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “d”) o tribunal do júri tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. O Brasil enfrenta uma enorme onda de homicídios – cerca de 60 mil homicídios por ano³. E, na análise de muitos estudiosos um dos problemas é a vagarosidade no julgamento de tais crimes, bem como a falta de recursos das polícias judiciárias.

Com as modificações o legislador permite dar maior celeridade aos procedimentos do tribunal do júri, porém, olvidada necessidade de investir nas Polícias Judiciárias – órgão responsável pela grande maioria dos crimes de homicídios ocorridos no país.

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade:

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade:

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade:

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade:

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade:

• Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de improbidade – “*pleabargain* à brasileira”⁴:

O sistema de soluções negociadas (*pleabargain*) de pronto, já é amplamente utilizado no direito norte americano e, através da Projeto Anticrime, tenta-se introduzi-lo ao direito brasileiro.

Tal instituto pode ser conceituado como “uma barganha (ou negociação) entre o promotor e o réu, representado por seu advogado. No final, eles entram em um acordo (às vezes chamado de contrato), em que o réu concorda em confessar a culpa, em troca de uma pena menor do que a que poderia pegar se fosse a julgamento”⁵.

No Brasil, ao contrário do direito norte americano, o instituto sofreria limitações, isto é, não poderia ser amplamente aplicado a todo e qualquer crime. Por exemplo, não seria cabível negociações nos crimes praticados com violência ou grave ameaça e nos crimes com pena máxima inferior a quatro anos⁶. Aliás, com exceção dos crimes de menor potencial ofensivo, temos dúvidas se poderia ser aplicado a outros crimes de média ou grave potencialidade, pois a liberdade como direito indisponível, em que pese lá nos crimes de menor potencial ofensivo, se superaram essas discussões.

A doutrina costuma ainda traçar as vantagens e desvantagens da *pleabargain*, seriam vantagens⁷: “Eliminação de julgamentos; Tramitação rápida (Julgamentos levam dias, semanas ou mesmo meses, enquanto a negociação e fechamento do contrato de *pleabargain* podem ser resolvidos em minutos ou horas); Economia de recursos (evita os custosos julgamentos); Mais sucesso com menos trabalho; Esvaziamento das prisões; Bom negócio para réus culpados; Caso encerrado. Por outro lado, seriam desvantagens⁸: Enorme risco para inocentes; Custo da inocência (não é raro que réus inocentes aceitem fazer o acordo por medo); Blefe da Promotoria; Coerção e “tortura” (a experiência dos EUA mostra que a coerção existe – sempre existiu e existirá – na negociação do *pleabargain*); Favorecimento a ricos (réus endinheirados, acusados de crimes de fraude ou corrupção, contrata um advogado especializado em contencioso, incluindo negociação).

• **Matérias do pacote anticrime idênticas às matérias versadas no Novo Código de Processo Penal**

Podemos constatar pela proposição legislativa do governo encaminhada ao Congresso Nacional, que partes das matérias do pacote anticrime são idênticas às matérias versadas no Novo Código de Processo Penal.

Tanto é assim, que pensamos naturalmente que no curso das discussões legislativas, haverá o apensamento de ambos os projetos para tramitarem conjuntamente.

DA CONCLUSÃO

Por fim, o projeto intitulado de Pacote Anticrime, apesar de repleto de boas intenções, apresenta com todo respeito problemas que precisam ser corrigidos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidades e ineficácia ao combate e repressão ao crime de colarinho branco e das organizações criminosas.

Ademais, como sugestões para o aprimoramento do “Pacote Anticrime” entendemos que:

- Deve haver previsão da independência e autonomia administrativa e financeira das Polícias Judiciárias (inclua-se a Polícia Federal e as Polícias Cíveis) nas Constituições Federal e Estaduais, assim como a criação de Lei Orgânica das Polícias Judiciárias;
- Alterações constitucionais quanto ao trânsito em julgado (para sepultar a discussão de execução provisória na segunda instância) e regime de penas;

- A necessidade do fortalecimento e investimentos maciços nas Polícias Judiciárias;
- Contemplação de inamovibilidade do Delegado de Polícia, nas Constituições Federal e Estaduais, assim como na Lei Orgânica das Polícias Judiciárias (em caso de criação), que acaba ficando sujeito a remoções políticas e ao talante de governantes, a título de retaliações;
- Permissão de técnica ou uso de ferramenta de intrusão em celulares e outros equipamentos tecnológicos com autorização judicial para monitoramento em sede de investigações policiais;
- Permissão de desburocratizações para que valores e bens (imóveis, veículos, aeronaves entre outros) em decorrência de lavagem de capital entre outros, sejam vertidos com maior agilidade, em prol do Estado e das Polícias Judiciárias;
- Medida visando à desburocratização quanto à destruição com maior rapidez de armas e drogas;
- Prioridade de investimentos em inteligência policial e em vigilância às fronteiras e divisas.
- Dificultar a abertura de pessoas jurídicas e de pessoas físicas ligadas aquelas e vice-versa que são usadas como “testas de ferros” para lavagem de capitais, tráfico de drogas, organizações criminosas ou e crimes fiscais, causando danos imensuráveis.
- Dificultar a abertura de pessoas jurídicas e de pessoas físicas ligadas aquelas e vice-versa que são usadas como “laranjas” para crimes ambientais.
- Reverter valores recuperados de organizações criminosas, tráfico de drogas, crimes fiscais, corrupção em prol das forças policiais participantes como “bônus”. Tal medida certamente incentivaria concentração de investigações e recuperação de grande número de ativos nessas frentes.
- Dificultar a abertura de contas bancárias por pessoas jurídicas e de pessoas físicas ligadas aquelas e vice-versa que são usadas como “laranjas” de organizações criminosas, tráfico de drogas, fiscais, corrupção, crimes ambientais entre outros.
- Proibir que terceiros emprestem a conta bancária com objetivos delitivos ou que essa conduta venha ser criminalizada, caso a conta seja emprestada para práticas delitivas.
- Identificação civil e criminal única de agentes criminosos sem burocratização e de alta segurança.
- Regulamentação do depoimento apócrifo ou da testemunha e informante “sem rosto”, para dar mais eficiência ao desmantelamento de crimes e evitar que essas pessoas sofram retaliações.
- Ampliação do prazo de interceptação telefônica de 15 (quinze) dias para 30 dias contínuos, sem prejuízos de prorrogações desde que devidamente fundamentada a prorrogação. A captação ambiental poderia ter o prazo semelhante.
- Prever expressamente a interceptação telemática e informática em tempo real e no pretérito do WhatsApp, assim como infiltração e obrigar expressamente que o provedor adote medidas para tanto, sob pena de multa diária entre outras penalidades. Permitir também acesso via QR CODE com espelhamento de conta, mediante ordem judicial;
- Acesso mais fácil pela Polícia a Bancos de Dados, tais como: faturas de energias, águas, telefônicas, SPC, SERASA entre outros, diante de práticas delitivas para imprimir celeridade. 🚧

NOTAS

- 1 Mudanças referentes a legítima defesa: Art. 25 (...) Parágrafo único. Observados os requisitos do *caput*, considera-se em legítima defesa: I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e, II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes;
- 2 Mudança na Lei nº 12.850/2013: Art. 2º (...) § 9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.
- 3 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/06/05/com-625-mil-homicidios-brasil-bate-recorde-de-mortes-violentas.htm>
- 4 Que é o “plea bargain” ou “plea bargaining”? É o modelo de Justiça criminal consensual negociada que se desenvolveu na tradição do sistema jurídico anglo-americano. Chama-se “plea bargain” ou “plea bargaining” ou, ainda, “plea bargain agreement”, porque permite e incentiva o acordo, a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurador). No Brasil, por força de uma decisão do STF (em 2018), o acordo também pode ser feito com o Delegado de Polícia, sem a presença do Ministério Público. No sistema americano o réu (defendant), necessariamente sob a orientação de advogado(a), admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (o “agreement”); confessa sua participação no crime (“pleading guilty”) com o propósito de alcançar algum tipo de benefício penal, como redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável de cumprimento da pena etc. (ver G. Brindeiro, *Estadão* 9/2/16). Em suma, “plea bargain” é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado (“guilty plea”). Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/01/18/moro-sugere-plea-bargain-no-brasil-que-e-isso-e-possivel-seria-uma-revolucao/>
- 5 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>
- 6 “Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:
- 7 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>
- 8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>



JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado na Diretoria da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso no cargo de Assessor Institucional/Assessor Jurídico. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor voluntário da Acadepol-PJC/MT.



MARCEL GOMES DE OLIVEIRA é Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Coordenadoria de Plantão Metropolitano. Formado pelo Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE. Foi Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi professor de Criminologia, Ética, Direitos Humanos e Cidadania do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia. Atuou também como professor de Direito Penal, Legislação Penal Especial e Medicina Legal das Faculdades 2 de Julho. E, como professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Bahia (Estácio de Sá). Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso – ACADEPOL/MT.



Leilões judiciais frustrados

POR ANA CAROLINA OSORIO

“A imposição forçada de percentual acima de 50% representa violação a princípios básicos que norteiam a atividade jurisdicional, como o da celeridade processual e da razoável duração do processo.”

Diante do cenário recente de crise econômica vivido no Brasil, a quantidade de leilões judiciais de imóveis cresceu vertiginosamente nos últimos anos. O percentual de brasileiros endividados com idade entre 18 e 95 anos, chegou a 40,5% da população segundo levantamento realizado em 2018 pelo Serviço de Proteção ao Crédito e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas.

A venda forçada de imóvel do devedor (ato não voluntário) é muitas vezes a única saída para o credor receber o seu crédito, podendo ocorrer em qualquer ação de cobrança, independentemente do valor da dívida. Para tanto, cabe ao credor realizar busca por imóvel de propriedade do devedor junto aos cartórios de imóveis.

O juiz então determina que o cartório averbe na matrícula do imóvel a informação de que o mesmo servirá de garantia para o pagamento daquele débito. Posteriormente, oficial de justiça verificará as características do bem, no intuito de fixar o seu valor de mercado, chamado de valor de avaliação. A seguir o juiz marcará as datas do primeiro e do segundo leilão e fará publicar edital convocando eventuais interessados para participarem da concorrência visando a venda do imóvel pelo maior preço possível. No edital, são expostas as principais informações do imóvel, assim como as responsabilidades que serão assumidas pelo futuro adquirente.

O valor de avaliação é um dado muito importante, pois servirá de parâmetro para a apresentação de lances pelos interessados. Na data do primeiro leilão o imóvel somente pode ser adquirido pelo valor

de avaliação. Não havendo proposta de compra, o imóvel seguirá para venda no segundo leilão, ocasião em que poderá ser adquirido por preço inferior, desde que não seja vil.

Como o Código de Processo Civil anterior (CPC - 1973) não definia critério objetivo para se caracterizar o preço vil, coube à jurisprudência solucionar o impasse. O STJ sedimentou a jurisprudência no sentido de que preço vil seria aquele inferior a 50% do valor de avaliação.

Com o advento do novo CPC incluiu-se o artigo 891, segundo o qual considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a 50% do valor da avaliação.

O resultado dessa autonomia conferida aos juízes é que a grande maioria deles tem fixado valores mínimos acima de 50% do valor da avaliação para propiciar a aquisição do imóvel por preço mais elevado e conseqüentemente saldar a dívida. Geralmente fixam entre 60% a 80% do valor da avaliação, fato que vem frustrando inúmeros leilões Brasil afora, por ausência de interessados (leilões desertos). O motivo é simples: a aquisição de imóvel em leilão envolve inúmeras regras que tornam o processo demasiadamente mais complexo do que uma venda entre particulares, o que implica na majoração dos riscos envolvidos. Explico.

O devedor cujo imóvel está sendo leiloado não é obrigado a disponibilizá-lo para visitação. Há inclusive situações, frequentes, em que o imóvel se encontra ocupado, cabendo ao arrematante as providências para a sua desocupação.

No ato da aquisição do imóvel em leilão, o judiciário não expede prontamente a carta de arrematação, documento hábil à transferência da propriedade perante o cartório de imóveis, tampouco autoriza o arrematante a ocupar imediatamente o imóvel. Isso porque, realizada a alienação judicial, o executado e até mesmo eventuais credores têm a oportunidade de apontar vícios existentes no procedimento do leilão.

Além disso, a aquisição em leilão não implica no cancelamento automático dos gravames averbados na matrícula do imóvel. Havendo penhoras, hipoteca, arresto e indisponibilidade, cabe ao arrematante requerer o cancelamento do gravame em cada um dos juízos que determinou a medida. No caso de imóvel com dívidas tributárias, o arrematante ainda deve requerer o pagamento do débito com o valor proveniente do leilão ou a desvinculação do débito tributário da inscrição municipal do imóvel. Se o leilão acontecer por intermédio de leiloeiro particular, o arrematante ainda deve pagar 5% sobre o valor do lance a título de comissão do leiloeiro.

Ora, se o STJ já reconheceu a possibilidade de aquisição de imóvel no segundo leilão por 50% do valor de mercado, por não representar valor vil, não cabe aos magistrados impor artificialmente percentual superior.

Afinal, se o valor equivalente a 50% da avaliação representar valor pequeno diante das variáveis envolvidas no leilão, o próprio mercado espontaneamente ajustará o valor de compra pois haverá disputa entre os interessados que resultará na aquisição do imóvel por valor superior.

A imposição forçada de percentual acima de 50% representa violação a princípios básicos que norteiam a atividade jurisdicional, como o da celeridade processual e da razoável duração do processo. 📌



ANA CAROLINA OSÓRIO é especialista em leilões judiciais, sócia do escritório de advocacia Osório & Batista.

Os nossos atos falhos de cada dia

por RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Para Freud, “em certos casos, os atos falhos parecem revelar sentido próprio”, não sendo mera “obra do acaso, mas atos psíquicos sérios; possuem um sentido e nascem da conjunção – ou melhor, do confronto de duas intenções diferentes.” Negar tal fato, é ter a “ilusão de uma liberdade psíquica à qual não desejamos renunciar.””



Em nossa vida cotidiana e sem que, necessariamente, percebamos, cometemos determinados lapsos que passam como algo insignificante e sem qualquer importância do ponto de vista psíquico. É até mesmo possível que assim o sejam – sem relevância nenhuma –, mas o contrário também pode se dar.

Sempre atento às nossas reações físicas – das mais importantes às mais mezinhas –, Sigmund Freud, em 1916, apresentou um estudo sobre o que ele denominou de “atos falhos”, consistentes em “certos fenômenos muito frequentes, muito conhecidos e muito pouco estudados, os quais nada têm a ver com enfermidades, uma vez que podem ser observados em toda pessoa saudável.”¹

Para facilitar a compreensão de suas ideias, ele dividiu os atos falhos em tipos, sempre afirmando que “são de natureza desimportante, e a maioria possui duração bastante fugaz, sem grande significado na vida das pessoas.”

Inicialmente tratou dos lapsos verbais ocorrentes “quando alguém, pretendendo dizer uma palavra, diz outra em seu lugar, ou quando isso lhe acontece ao escrever, podendo a pessoa notar ou não o equívoco.”

Em seguida chama a atenção para os lapsos de leitura, “quando, em um texto impresso ou manuscrito, lemos algo diferente do que está escrito.”

Também o lapso de audição, “em que se ouve algo diferente do que foi dito, sem que, é claro, se possa atribuir o equívoco a um distúrbio orgânico da capacidade auditiva.”

Há ainda os lapsos de memória, consistentes em “um esquecimento que não é permanente, mas temporário, como quando alguém não consegue se lembrar de um nome, que conhece e geralmente torna a reconhecer, ou quando se esquece de pôr em prática uma intenção, dela se lembrando posteriormente, ou seja, depois de a ter esquecido apenas em determinado momento.”

Alguns desses atos falhos, porém, não têm o caráter temporário, característico dos anteriores, “como é o caso, por exemplo, do extravio, que ocorre quando alguém guarda um objeto em determinado lugar e, depois, não logra reencontrá-lo, ou, algo análogo, a perda do objeto.” Estes casos, normalmente, e ao contrário dos outros “esquecimentos”, “provoca perplexidade ou irritação”, especialmente por não serem compreensíveis como os anteriores o são.

Entre os lapsos de memória, há ainda lugar para “certos equívocos, nos quais também está presente o caráter temporário – por algum tempo, acreditamos em algo que, sabíamos antes e sabemos depois, não é o que pensávamos.”

Freud fez questão de enfatizar, mais de uma vez, que tais fenômenos – “aparentemente tão insignificantes” –, apenas raramente adquirem “certa importância prática, como na perda de objetos. Por isso, eles não chamam muita atenção, despertam somente pequenos afetos e assim por diante.” De toda maneira, a psicanálise não subestima supostas “ninharias” (como ele próprio diz), tampouco abandona “os pequenos indícios; a partir deles, talvez seja possível encontrar a pista de coisa maior.”

Quanto ao lapso verbal – objeto maior de sua atenção, por ser o mais “apropriado dos atos falhos” – pode, efetivamente, ser fruto de algo orgânico, fisiológico ou mesmo psicofisiológico, como o cansaço físico, os distúrbios circulatórios, a indisposição, uma dor de cabeça, uma enxaqueca, a agitação, a distração, a falta de concentração, ou “quando outras coisas demandam fortemente a atenção.” Com efeito, tais fatores podem ocasionar “toda sorte de atos involuntários.”

Acontece que tais atos falhos, segundo a experiência comprova, também “ocorrem em pessoas que não estejam cansadas, distraídas ou nervosas, e sim em seu estado inteiramente normal.” Assim, “a teoria da falta de atenção não dá conta de explicar todas as pequenas características dos atos falhos. Mas isso não significa que ela esteja errada. Talvez lhe falte algo, algum complemento que venha a torná-la plenamente satisfatória.”

O que Freud quer mostrar em seu estudo é que o ato falho – especialmente o lapso verbal – tem natureza de um “ato psíquico pleno, munido de objetivo próprio, devendo, assim, ser compreendido como uma manifestação dotada de conteúdo e significado.” A maioria deles “possui um sentido”², razão pela qual “podemos deixar de lado todos os fatores fisiológicos e psicofisiológicos e nos dedicar à investigação puramente psicológica do sentido, isto é, do significado, da intenção contida no ato falho.”

Freud, então, dá um exemplo de lapso verbal ocorrido na Câmara de Deputados na Áustria, quando o seu Presidente, ao abrir a sessão, disse, solenemente: “Senhores deputados, constato um número suficiente de membros na casa e declaro, portanto, encerrada, a sessão.” O fato ocorreu à luz da psicanálise, o Presidente da Câmara dos Deputados não “esperava nada de proveitoso da sessão e ficaria feliz se pudesse encerrá-la de imediato.” Ele, “ao dizer o oposto do que pretendia, deixa claro que deseja abrir a sessão, mas deixa igualmente claro que gostaria de encerrá-la. Isso é tão evidente que nada resta aí a interpretar.”

Para Freud, “em certos casos, os atos falhos parecem revelar sentido próprio”, não sendo mera “obra do acaso, mas atos psíquicos sérios; possuem um sentido e nascem da conjunção – ou melhor, do confronto de duas intenções diferentes.” Negar tal fato, é ter a “ilusão de uma liberdade psíquica à qual não desejamos renunciar.”

Especialmente em relação aos lapsos verbais – mas também nos demais –, a psicanálise explica-os a partir da existência de intenções ou tendências opostas, umas ditas “perturbadoras” e outras que são por aquelas “perturbadas”, sem prejuízo, em um caso ou outro, de eventuais causas diversas (de natureza psicofisiológica), como acima exemplificadas, visto que “o lapso verbal é igualmente possível em um estado de saúde perfeito e de pleno bem-estar.”

Dá-se, portanto, uma “interferência mútua de duas intenções diversas, das quais uma é a que sofreu perturbação, ao passo que a outra é a perturbadora”, ambas, evidentemente opostas, e o ato falho é exatamente “a representação do conflito entre duas inclinações incompatíveis.” Conclui-se, portanto, “que a repressão da intenção de dizer algo é condição imprescindível para que o lapso verbal ocorra.” Deve uma dessas intenções “experimentar certo rechaço para que, mediante a perturbação da outra, possa manifestar-se.” Trata-se, destarte, “de um jogo de forças na psique, como manifestação de tendências dotadas de metas, que trabalham em consonância ou dissonância umas com as outras.”

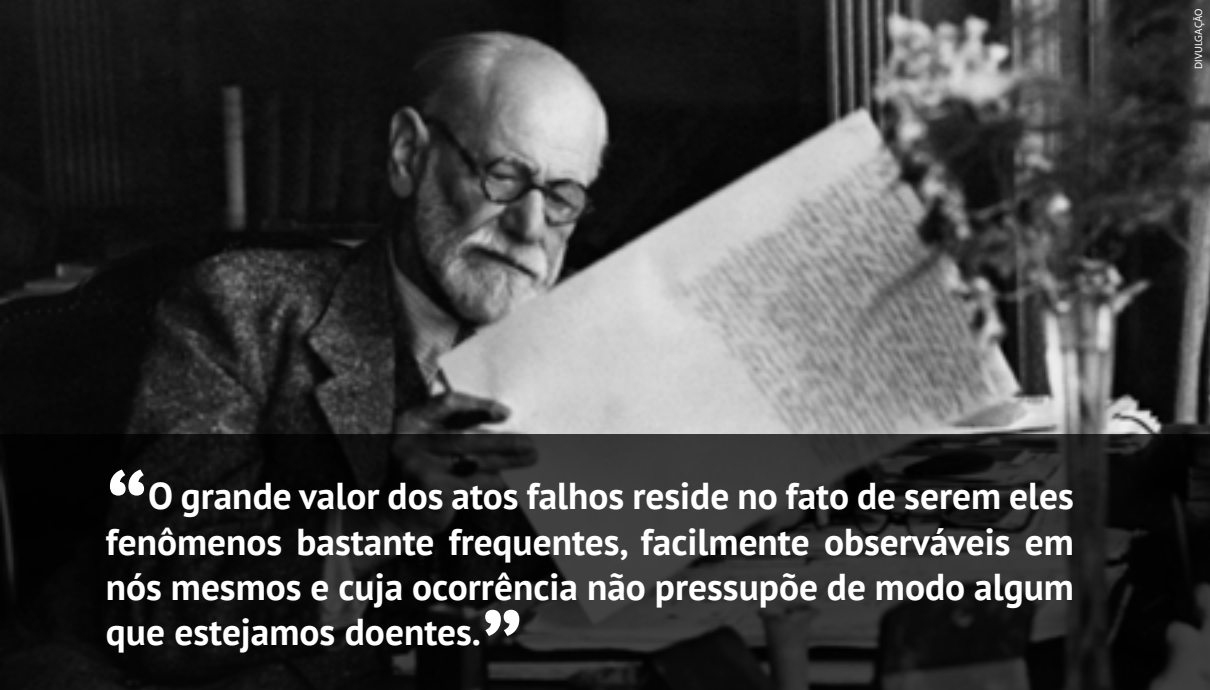
Freud adverte ser fundamental “levar em consideração que a vida psíquica é praça e campo de batalha para tendências opostas”, compondo-se “de contradições e pares de oposições.”

Naquele caso do Presidente da Câmara dos Deputados, então, “‘declaro a sessão aberta, mas preferiria já tê-la encerrado’ é o sentido do lapso verbal cometido por ele.”

Vejam este outro exemplo, bem interessante e ilustrativo, narrado por “uma senhora sabidamente enérgica: ‘meu marido perguntou ao doutor que dieta seguir. Mas o doutor respondeu que ele não precisava de dieta nenhuma, que pode beber e comer o que eu quiser.’” Neste caso, ela queria, na verdade, dizer: “meu marido pode comer e beber o que quiser, mas, o senhor sabe, eu não tolero que ele queira alguma coisa.”

Já em outros tipos de atos falhos, “quando alguém esquece um nome que lhe é conhecido ou tem muita dificuldade em guardá-lo, por mais que se esforce, é natural supormos que essa pessoa tem alguma coisa contra o portador do nome em questão e, por isso, não gosta de lembrá-lo.”

Conta Freud que Carl Gustav Jung (seu discípulo que mais tarde romperia com o Mestre³), contou-lhe o seguinte caso: “Um certo senhor Y apaixonou-se perdidamente por uma dama que, logo a seguir, se casou com um senhor X. Embora conheça o senhor X há muito tempo, tendo com ele inclusive uma relação de negócios, o senhor Y vivia esquecendo seu nome. Muitas vezes, quando queria escrever



“O grande valor dos atos falhos reside no fato de serem eles fenômenos bastante frequentes, facilmente observáveis em nós mesmos e cuja ocorrência não pressupõe de modo algum que estejamos doentes.”

ao senhor X, precisava perguntar seu nome a outras pessoas. O senhor Y claramente não quer saber coisa nenhuma de seu feliz rival. ‘Melhor é nem lembrar dele.’”

Um outro colega de Freud, Abraham Arden Brill contou-lhe o seguinte: “Uma dama pergunta ao médico sobre uma conhecida comum, mas a chama pelo nome de solteira. Do sobrenome adotado após o casamento, ela se esqueceu. Confessa, então, ter ficado bastante insatisfeita com aquele casamento e não suportar o marido da amiga.”

Em outro caso, agora relatado pelo psiquiatra suíço Alphonse Maeder, “uma senhora, na véspera do casamento, esqueceu-se de ir experimentar o vestido de noiva, dele se lembrando apenas ao anoitecer, para desespero da costureira. A esse esquecimento ele vincula o fato de, pouco depois, a dama haver se separado do marido.”

Freud agora volta a sua atenção para um tipo de ato falho “particularmente rico em significados e inescrutável: aqueles casos em que perdemos um objeto ou não sabemos onde o guardamos.” Nestes casos, muito possivelmente, o objeto é “casualmente” perdido “depois de nos indispor com a pessoa que o deu a nós, da qual não queremos mais nos lembrar; ou, então, quando deixamos de gostar do objeto em si e passamos a procurar um pretexto para substituí-lo por outro melhor. Com essa mesma predisposição contra o objeto, nós o deixamos cair, quebramos ou destruímos.” Os exemplos são vários e todos “produzem sempre o mesmo resultado: tornam provável que atos falhos possuam um sentido e mostram como depreender ou confirmar esse sentido a partir das circunstâncias que o acompanham”, pois “o ser humano abriga tendências capazes de entrar em ação sem que ele saiba da existência delas.”

No que diz respeito ao lapso de escrita, segundo Freud, “assemelha-se em tal medida ao verbal que dele não nos cabe esperar obter novas perspectivas.” Os exemplos dados pelo autor (muito longos, razão pela qual não os citaremos), reforçam esta sua afirmação.

Já no lapso de leitura, “encontramos uma situação psíquica que claramente difere daquela verificada nos lapsos da fala e da escrita.” Aqui, “substitui-se a palavra a ser lida por outra, sem que isso implique necessariamente uma relação de conteúdo entre o texto e o resultado do lapso, que em geral se assenta em alguma semelhança de palavras.” Assim, “tendo lido algo indesejado, a pessoa se convence, por meio da análise, de que o responsável pelas alterações do que foi lido é um desejo intenso de rejeitá-lo.”

Freud também procura analisar o porquê do “esquecimento de nomes próprios e de nomes estrangeiros, assim como o de palavras estrangeiras.” Também se revela nestes fenômenos “uma intenção contrária, a qual direta ou indiretamente se volta contra o nome em pauta” e, mais especificamente, “uma aversão da memória a se lembrar de coisas vinculadas a sentimentos de desprazer, sentimentos estes que a lembrança poderia reavivar. Essa intenção de evitar o desprazer provocado pela memória ou por outros atos psíquicos, essa fuga psíquica do desprazer, nós podemos identificá-la como motivação última e eficaz não apenas do esquecimento de nomes, mas também de muitos outros atos falhos, como, por exemplo, as omissões e os equívocos.”

Dá-se o mesmo no esquecimento de impressões e experiências vividas, onde também atua essa “tendência a afastar da memória o que é desagradável.” Como exemplo, Freud cita Darwin que, ciente dessa possibilidade de ato falho, “adotou como ‘regra de ouro’ registrar com especial cuidado observações que pareciam desfavoráveis a sua teoria, porque estava convencido de que justamente essas não queriam se fixar em sua memória.”

Por último, analisa-se “a perda e o extravio de objetos.” Fenômenos de múltiplos significados, neles há sempre uma tendência comum a todos os casos: “o desejo de perder o objeto.” Assim, “perdemos uma coisa quando ela se danificou, quando temos a intenção de substituí-la por outra melhor, quando deixamos de gostar dela, quando proveio de alguém com quem nossas relações se deterioraram ou quando foi adquirida em circunstâncias que não desejamos mais recordar.” Pode se dá o mesmo quando esquecemos alguma coisa em algum lugar, danificamos a coisa ou a quebramos.

Encerrando o seu trabalho, e após admitir que estava “longe de ser tudo que haveria a dizer sobre os atos falhos”, sendo necessária ainda muita pesquisa e muita discussão, Freud encerra afirmando que “o grande valor dos atos falhos reside no fato de serem eles fenômenos bastante frequentes, facilmente observáveis em nós mesmos e cuja ocorrência não pressupõe de modo algum que estejamos doentes.”

NOTAS

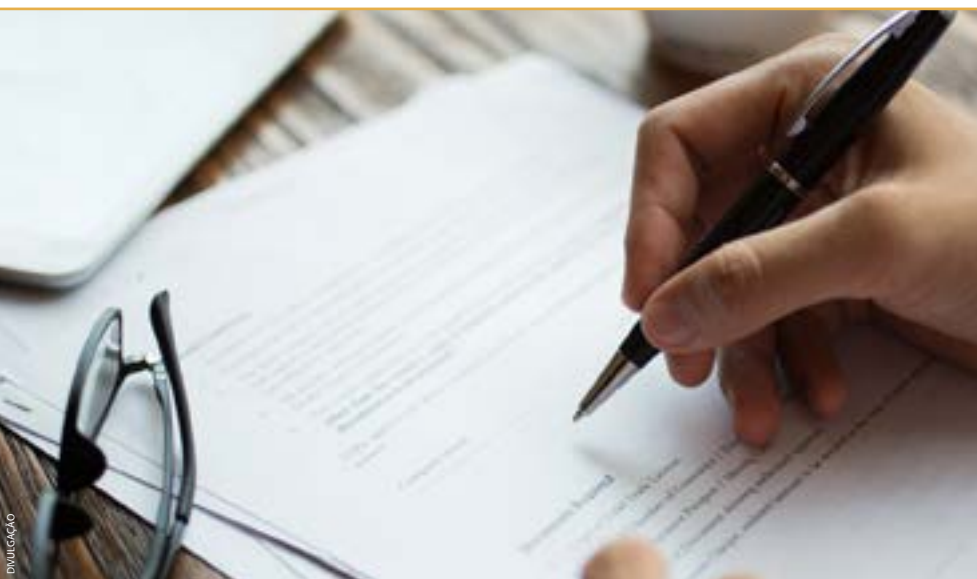
- 1 O texto consta do Volume 13 das Obras Completas de Sigmund Freud – “Conferências Introdutórias à Psicanálise”, publicadas no Brasil pela Editora Companhia das Letras, em 2014, e traduzidas por Sérgio Tellaroli. O texto, na 1ª reimpressão da coleção, consta às fls. 19 a 108.
- 2 Segundo Freud, “por ‘sentido’ entendemos significado, intenção, tendência e posicionamento numa série de nexos psíquicos.”
- 3 Segundo Elisabeth Roudinesco e Michel Plon, “em 1912, o conflito entre Freud e Jung se tornou evidente, quando Jung preparou a publicação de ‘Metamorfoses da alma e seus símbolos’, que teria muitas reedições. A discordância foi completa a respeito da teoria da libido. Mas a gota d’água foi um acontecimento menor. Freud foi visitar Ludwig Binswanger (um conceituado psiquiatra suíço), operado de um tumor maligno e não passou por Küsnacht (uma comuna suíça onde residia Jung), que ficava apenas a cinquenta quilômetros de Kreuzlingen (outra comuna suíça e onde se encontrava o amigo doente de Freud). Jung interpretou esse gesto como uma ofensa. Depois de várias disputas, durante as quais Jung tentou convencer Freud da necessidade de dessexualizar sua doutrina (nem que fosse, disse ele, para que ela fosse mais bem acolhida), a ruptura se consumou em 1913. Freud tomou a iniciativa de romper, depois de uma síncope durante o jantar do Congresso da International Psychoanalytical Association (IPA).” (...) “Em 1919, Jung elaborou a noção de arquétipo, oriunda da noção de imago”, afastando-se “radicalmente do universalismo freudiano.” (Dicionário de Psicanálise, Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 422 e 423).



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

MODELO DE PARECER JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

POR ALINE PRETEL GIUSTI



TEMA – RESPONSABILIDADE DO ESTADO

PARECER N. 01/2019- PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE AQUI-NADA-FUNCIONA-BEM/PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO AQUI-NADA-FUNCIONA-BEM

EMENTA

1) Responsabilidade objetiva do Município em caso de imperícia de empresa privada contratada para realizar obras no Município, causando danos a usuários e não usuários do serviço público.

2) Responsabilidade do Prefeito por ato de improbidade administrativa em relação a ineficiência administrativa necessidade de dolo genérico e comprovação de prejuízo aos cofres públicos e ato de improbidade administrativa por lesão ao erário que pode ser cometido por dolo ou culpa e imprescindível a comprovação de prejuízo aos cofres públicos.

3) Responsabilidade por ato de improbidade administrativa na modalidade lesão ao erário do engenheiro que coordena a obra por falha técnica no licenciamento urbanístico-ambiental por ser

considerado sujeito ativo de ato improbidade se preenchido os requisitos de dolo ou culpa da falha técnica e comprovação de prejuízo aos cofres públicos.

4) Abertura de processo administrativo por parte do Município independentemente de provocação de terceiros para apuração de responsabilidade administrativa da empresa pública responsável pela fiscalização da obra em razão de fraude comprovada no licenciamento urbanístico-ambiental.

5) Imprescritibilidade por dano ambiental. Meio ambiente é considerado fundamental para a própria existência da vida o que o torna indisponível e insuscetível de alienação.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta feita à Procuradoria Geral do Município de Aqui-Nada-Funciona-Bem em relação a responsabilidade do Município de Aqui-Nada-Funciona-Bem referente as obras emergenciais realizadas pelo Município tendo em vista de o asfalto ter sofrido abalos com risco de ceder ocasionadas pelas últimas chuvas de verão em que as vias públicas estavam inundadas e não havia o sistema de drenagem para que essas águas fossem alocadas em lugar apropriado. As seguintes indagações foram feitas a esta Procuradoria Geral:

1) A possibilidade de o Município citado responder de forma objetiva pelos danos causados pela obra feita por imperícia de uma empresa privada contratada para realização da obra, incluindo os não usuários da via.

2) A possibilidade de o Prefeito responder judicialmente por improbidade administrativa em consequência da ineficiência administrativa e lesão ao erário.

3) A possibilidade de o engenheiro responsável pela obra responder por improbidade administrativa de lesão ao erário caso seja comprovada falha técnica no licenciamento urbanístico-ambiental da obra.

4) A possibilidade de ser instaurado processo administrativo para apuração de responsabilidade da empresa pública responsável pela fiscalização da obra caso seja comprovado a fraude no licenciamento urbanístico-ambiental.

5) A possibilidade de que havendo danos ambientais seriam estes considerados imprescritíveis com fundamentação no art. 37 § 5º da CF/88.

FUNDAMENTAÇÃO

Com a evolução jurisprudencial e doutrinária, atualmente a responsabilidade civil do Estado está prevista constitucionalmente no art. 37 § 6º em que estabelece que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviços públicos diante de danos que seus agentes causarem a terceiros. O fato é que a responsabilidade civil do Estado independe de contrato e é consequência da atividade estatal, tendo este por obrigação de indenizar os danos causados a terceiros.

Uma obra pública que ocasione dano ao particular em decorrência de má execução por imperícia (culpa do executor) será o executor da obra quem responde civilmente pelo dano, conforme o art. 70 da lei 8666/93:

O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, *não excluindo ou*

reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.
(grifos nossos)

A responsabilidade do Município neste caso seria subsidiária, como informa as melhores doutrinas de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, em que a empresa será responsável primeiramente, devendo ser ela acionada em primeiro lugar e caso esta não arque com os danos, o Município seria chamado para responder pelos danos (responsabilidade subsidiária).

Ocorre que a doutrina vem mudando seu posicionamento entendendo que no caso de má execução da obra pode ser imputado, concorrentemente, a empresa que realizou a obra e ao Município a responsabilidade, respondendo cada um, na medida da sua culpa, pelo dano causado. E este é o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que, mesmo que a prestação de serviço seja feita integralmente por empresa contratada não se exclui a responsabilidade do Estado de responder de forma solidária pelos possíveis danos tendo em vista ser o Estado o fiador da regularidade da prestação dos serviços realizados pela empresa privada e se houve falha, houve omissão na fiscalização por parte do poder público, conforme REsp 28.222. Ademais, conforme transcrito acima (e grifado) o art. 70 da lei 8666/93, a própria legislação impõe ao Estado o dever de fiscalização dessas obras, sendo também responsável pela obra. Assim, o Município pode responder objetivamente pelos danos, pois houve omissão do próprio Município em fiscalizar as obras realizadas por empresa privada.

Em relação a responsabilidade por danos causados aos não usuários, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou a Tese 130 em sede de repercussão geral em que há responsabilidade objetiva mesmo que a atuação cause danos a terceiros não usuários do serviço público tendo em vista que a Constituição Federal não faz distinção sobre a qualificação do sujeito passivo do dano. Assim, não exige que a pessoa atingida pela lesão seja usuária do serviço público. Sendo assim, é irrelevante verificar se a vítima de dano causado por obra pública é ou não usuária daquele serviço, bastando que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador de serviço público.

O Município poderá se eximir da responsabilidade se conseguir provar a presença de alguma excludente como a culpa exclusiva da vítima ou força maior.

2) A improbidade administrativa tem cunho constitucional, fundamentado no art. 37 § 4º que reza:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei nº 8.429/92, veio regulamentar o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. A improbidade decorrente de ineficiência administrativa e está capitulada no art. 11 da LIA tratando de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública e a eficiência é um dos princípios expressamente previstos no art. 37 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 19/98.

Os Tribunais Superiores têm entendido que para a prática dos atos tipificados exemplificadamente no art. 11 da LIA deve-se preencher os seguintes requisitos conforme se entendeu no REsp 1306817/AC, quais sejam:

- a) conduta ilícita
- b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento que caiba em algum dos incisos do art.11 da LIA
- c) a vontade de cometer a ilicitude e causa prejuízo ao Erário (dolo). É a má-fé do agente.
- d) ofensa aos princípios da Administração Pública.

Ressalta-se que para configurar a improbidade por violação aos princípios, o STJ estabeleceu que há a necessidade de comprovação de dolo genérico, ou seja, não há a necessidade de dolo específico para a configuração da improbidade. Ademais não há a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos, havendo o dolo genérico é cabível a ação de improbidade administrativa.

Em relação ao ato de improbidade por lesão ao erário está configurado no art. 10 da LIA e entende a jurisprudência do STJ (REsp 1542025/MG) que exige-se o efetivo dano ao erário com exceção do inciso VIII em que não se exige a presença de dano ao erário, pois neste caso o dano é presumido (dano *in reipsa*) e que enquadra-se nesta modalidade aquele que exerceu conduta por dolo ou culpa.

3) A Lei nº 8429/92 em seu art. 2º estabelece quem pode figurar como sujeito ativo de ato de improbidade administrativa, conforme:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (grifos nossos)

Assim, o engenheiro responsável pela obra poderá figurar como sujeito ativo de improbidade administrativa de acordo com a lei. Cabe uma observação em que além de agentes públicos, particulares também podem responder por improbidade desde que se beneficiem ou concorram para a prática do ato.

Conforme já informado no item 2, o engenheiro poderá responder por improbidade administrativa por lesão ao erário se ficar comprovado prejuízo aos cofres públicos e ficar demonstrado dolo ou culpa quando da elaboração do licenciamento urbanístico-ambiental da obra por falha. Neste caso a mera culpa do engenheiro já configuraria o ato de improbidade administrativa.

4) A atuação do administrador público deve ser pautada na busca do interesse da coletividade. A função administrativa tem como regra basilar o fato de que o administrador público deve exercer atividades em nome do povo. A realização de processos administrativos possui quatro finalidades básicas apontadas pelas doutrinas já citadas anteriormente, quais sejam: controle da atuação estatal, realização da democracia, redução de encargos do Poder Judiciário e a garantia de atuação mais eficiente e menos defeituosa. Cabe ressaltar que o processo administrativo não depende de provocação de terceiros para ser iniciado, uma vez que pelo princípio da autotutela admite que processos se iniciem *ex officio*. Assim, comprovado a fraude no licenciamento, o Município tem o dever de abrir processo administrativo para apurar eventual responsabilização da empresa responsável pela fiscalização da obra bem como a responsabilização dos agentes públicos.

5) Por ser considerado fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é inalienável, intransferível e imprescritível. No Brasil adotou-se a teoria do risco integral, em que a obrigação de reparar o dano ambiental é *propter rem*. A pretensão reparatória ambiental imaterial é perpétua, assim não se sujeita a prazo prescricional. Sendo bem jurídico indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, considera-se imprescritível o direito à reparação e sendo o dano ambiental incluído entre os direitos indisponíveis e como tal está acobertado pela imprescritibilidade que visa reparação ao dano ambiental. Inclusive, este é o posicionamento do STJ.

CONCLUSÃO

1) O Município responde de forma objetiva pelos danos causados por ineficiência de empresa privada contratada para a realização da obra pública tendo em vista que cabe a Administração Pública o dever de fiscalizar esta obra. Dever este imposto pela própria legislação (art. 70 Lei nº 8.666/93). Usuários ou não usuários da via devem ser indenizados, pois a própria Constituição Federal não faz distinção de usuário ou não usuário. Assim, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

2) Em relação ao ato de improbidade administrativa em decorrência de ineficiência administrativa, este se encaixa no art. 11 (ofensa aos princípios da Administração Pública) havendo necessidade de a conduta ser praticada com dolo (dolo genérico), sendo dispensável a comprovação de prejuízo aos cofres públicos. Já o ato de improbidade por lesão ao erário, configurado no art. 10 da LIA há a necessidade da comprovação de prejuízo aos cofres públicos, podendo o ato ter sido praticado por dolo ou culpa.

3) O engenheiro responsável pela obra, figura como sujeito ativo de ato de improbidade administrativa pois a própria lei estabelece em seu art. 2º os sujeitos, ou seja, pode vir a responder por ato de improbidade. A modalidade lesão ao erário pode ser configurada por dolo ou culpa do agente, porém necessário a comprovação de prejuízo aos cofres públicos.

4) Deverá o Município abrir processo administrativo para apurar eventual responsabilização de empresa pública responsável pela fiscalização da obra caso seja comprovado fraude no licenciamento urbanístico- ambiental, independentemente de provocação de terceiros em razão do princípio da autotutela.

5) Danos ambientais são imprescritíveis, pois o meio ambiente é considerado direito fundamental e indisponível, sem ele não é possível viver. A própria preservação do meio ambiente é a preservação da vida, não somente a vida humana, mas de todo ser vivo que compõe a estrutura do sistema, sendo portanto indispensável a manutenção dessas vidas.

Aqui-Nada-Funciona-Bem, dia/mês/ano

Nome do Parecerista e função 



ALINE PRETEL GIUSTI é Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pela Faculdade Metropolitana Unidas-FMU. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Comercial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Consultora Jurídica. Professora Universitária.

Estado democrático: Razoável Duração do Processo como um Direito Fundamental

POR MIRIAN MARIA DA LUZ, RAYLA MARIA DE BRITO E RODRIGO DE LIMA LEAL

A prestação jurisdicional deve ser entregue no momento que satisfaça o usuário, caso contrário o próprio direito pode padecer, haja vista que o resultado não mais interessa ao titular. Nesse sentido, o estado tem um dos maiores desafios a ser enfrentado que é a morosidade no judiciário brasileiro, visto que o acesso à justiça não ocorre somente com o recebimento da petição inicial, a mesma se constitui apenas como sendo a primeira etapa, as demais etapas ocasionam à espera de uma resposta do estado.

O poder judiciário tem como função precípua a distribuição da justiça, no entanto é possível evidenciar a ineficácia de uma sentença judicial quando a prestação jurisdicional chega fora de tempo, caracterizando-se motivo de insatisfação.

Com a reforma constitucional, o direito fundamental à razoável duração do processo foi expressamente previsto na Emenda Constitucional nº 45 de 2004 no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 elencando: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, de forma a garantir maior celeridade e efetividade à Justiça.

Ressalta-se que a efetividade está relacionada à jurisdição e a tempestividade ao processo e se inserem na ideia de duração razoável do processo.



“Em obediência ao direito fundamental é preciso que o processo respeite os demais princípios, sobretudo o da ampla defesa e do contraditório e que garanta a prestação no tempo razoável, garantindo assim, o tempo necessário para uma solução que satisfaça as partes.”

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito ao devido processo legal é um direito assegurado na Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV. Ainda sobre a Lei maior no art. 1º da Constituição Federal de 1988 “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, sendo reconhecido no ordenamento jurídico contemporâneo à existência de um Estado democrático.

Nesse sentido corrobora o autor André Luiz Nicolitt: “Desta forma, percebe-se que o direito a um processo em tempo razoável é um direito correlato ao direito do devido processo ou ao processo justo e equitativo. Em outras palavras, o processo com duração razoável nada mais é do que uma consequência lógica do devido processo, ou mesmo um aspecto deste”.

O Estado é garantidor de direito, o qual tem a missão de oferecer a tutela jurisdicional como um amparo ao cidadão, por meio do exercício da jurisdição na aplicação da lei no caso concreto tendo como finalidade dirimir conflitos, de modo que o titular de um direito obtenha uma situação favorável. Corrobora o autor Marco Félix Jobim:

A partir daí, do reconhecimento de que o Estado, através do seu Poder Judiciário, está praticamente à beira do colapso, que não garante sequer ao jurisdicionado o direito fundamental a um processo tempestivo, resta um segundo princípio, no mesmo inciso, a ser analisado, qual seja o próprio princípio da celeridade processual alçado no nível de direito fundamental, que seria o dever de o Estado alcançar, no mínimo, os meios necessários ao cidadão para que haja maiores condições de efetividade processual num tempo razoável, através da celeridade processual.

O andamento processual para garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável constitui sendo um desafio para o Estado, visto que os sujeitos que buscam a tutela jurisdicional sentem-se, na maioria das vezes, em desprestígio em razão da morosidade processual o que causa falta de credibilidade no judiciário. Mas, é válido ressaltar que na realidade não existe um tempo fixo, certo que atenda a todos os processos. Como afirma Samuel Auday Buzaglo:

Não existe prazo razoável do processo. O processo exige uma complexidade de provas, de elementos de análise, de busca de documentos, de análises periciais. A perícia muitas vezes exige tempo. O que não é razoável é que um processo fique quatro anos para ser distribuído num Tribunal de Justiça. Porque ali não está sendo feita prova. Ele está parado. (BUZAGLO, 2009, p. 23)

A duração razoável do processo em seu conceito não estabelece tempo determinado, no texto constitucional não há uma resposta certa do tempo razoável. Para tanto, diante da omissão do legislador no que seria essa duração razoável é necessário respeito aos termos estabelecido constitucionalmente, levando-se em conta a proporcionalidade na seara processual.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 que teve como escopo a celeridade processual ganhou uma amplitude gigantesca ao direito subjetivo de acesso á justiça e efetividade na duração razoável do processo. Contudo, vislumbra que tal inovação

constitucional não tem como pressuposto a garantia absoluta e eficácia imediata para tornar céleres todos os processos judiciais, mas visa constituir uma forma de imposição ao Estado.

Humberto Theodoro Júnior ensina: “A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade”. O estado democrático de direito tem como fundamento o Direito Constitucional, o qual visa ser garantidor do direito fundamental a razoável duração do processo.

É notável a preocupação do legislador com a questão da lentidão na prestação jurisdicional, ou seja, na morosidade da efetivação das decisões em razão da proporção do risco do perecimento do direito que pode inviabilizar a plenitude do Estado. Delgado (2008, p. 274) afirma que:

O zelo pela razoável duração constitui, hoje, por determinação constitucional, o primeiro dever assumido pelo juiz. É compromisso imposto pela Magna Carta que, implicitamente, está concedendo todos os poderes necessários ao juiz, para que cumpra esse direito fundamental da cidadania. Esse postulado contido, expressamente, na Constituição Federal, confirma os propósitos já consagrados na legislação ordinária no sentido de que o juiz, ao dirigir o processo civil moderno, ‘não pode mais ser visto como aquele sujeito totalmente inerte, que para atuar depende, sempre da provocação da parte’.

Para se ter uma jurisdição de forma adequada, com celeridade, com efetividade, mais justa e de forma pacífica, deve ser obedecidas todas as garantias ligadas ao processo, entre elas a duração razoável do processo decorrente da cláusula do devido processo legal que é assegurado constitucionalmente.

Explica Fredier Didier: “se conquistou, ao longo da história, o direito de que a solução do conflito deva-se cumprir, necessariamente, em uma série de atos obrigatórios do devido processo legal, inclusive, a exigência do contraditório, direito à produção de provas e aos recursos, garantias essas que não devem ser minimizadas ou desconsideradas, sob pena de pregar a celeridade com valor insuportável.” Por essa razão há uma relação concomitante entre a razoável duração do processo, celeridade e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade de maneira que se estenda a ampla defesa e o contraditório.

DA GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Afirma Cândido Rangel Dinamarco, em que “a vida em sociedade gera insatisfações”, diante desse contexto o Estado tem como atribuição alcançar a tutela jurisdicional de forma efetiva, tempestiva e adequada, pois o tempo do processo está intimamente ligado à garantia fundamental que tem com objetivo a satisfação da sociedade.

Com o intuito de fornecer maior efetividade ao processo e levando em consideração os direitos fundamentais de acesso à justiça o Estado assume grande importância no exercício de garantir aos cidadãos a concretização dos seus direitos assegurados na lei vigente.

A espera da resolução de uma lide, pode causar às partes envolvidas prejuízos não só de ordem material como moral, e para que o princípio do prazo razoável do processo tenha sua aplicação efetiva é preciso regulamentação, e espera-se

uma estruturação do Estado. Segundo Francisco Fernandes de Araújo, a razoabilidade do prazo:

“deve estar vinculada com a emergência que toda pessoa tem de uma imediata ou breve certeza sobre a sua situação jurídica. (...) O ideal seria obedecer aos prazos previstos pela própria lei, pois se o legislador os adotou já foi de caso pensado e não aleatoriamente. Contudo, considerando determinados fatores surgidos posteriormente à edição da lei, é possível que venham a dificultar um pouco mais a entrega da prestação jurisdicional nos prazos fixados, nascendo, então, uma certa dificuldade para fixar o que seria um prazo razoável para cada caso concreto”

A prestação de uma tutela jurisdicional célere é fundamental para que o processo seja resolvido de forma equânime e útil para as partes. “Tanto é inaceitável um processo extremamente demorado como aquele injustificadamente rápido e precipitado, no qual não há tempo hábil para produção de provas e alegações das partes, com total cerceamento de defesa.” (HOFFMAN, 2006, p. 41). Cabe salientar, que processos judiciais que levam tempo em demasia é provável que as sentenças não tenham um fim justo e os problemas não sejam solucionados.

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Entre os direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, LIV), o devido processo legal é o princípio fundamental do processo, entendido como a base sobre a qual todos os outros se sustentam.

Os direitos fundamentais são direitos assegurados na Constituição Federal com o intuito de organizar o Estado, colocar limites em suas ações e cominar condutas que estejam em conformidade com as normas estabelecidas.

Sendo assim, ao processo não cabe somente solucionar o litígio, mas tem o objetivo de fazê-lo de maneira que não viole os direitos fundamentais, garantindo assim uma prestação de qualidade, conferindo dignidade e proteção ao texto elencado na Constituição. Neste entendimento de procedimento Luiz Guilherme Marinoni explica:

O procedimento, visto como garantia de participação das partes, relacionando-se com o “devido processo legal” (em sentido processual). Somente é o “devido processo legal” o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de justiça insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do “devido processo legal” ou do “procedimento legal” legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui a garantia das partes diante do poder estatal.

Quando o andamento processual demora pode acarretar uma série de consequências a quem está pleiteando em juízo, o que resulta em muitos casos danos e falta de eficácia das decisões. Em decorrência disso é imprescindível a tutela de direitos individuais e a dignidade da pessoa humana.

Arruda (2006) explicita que a duração razoável do processo compreende de um caráter bidimensional, ou seja, não há exclusivamente a aceleração processual ou aditamento de prazos, como depende também de um tempo otimizado de processo, em conjunto com o tempo da justiça.

Dessa maneira, pode ser considerado como violação ao direito fundamental tanto a resolução do procedimento em tempo apressado, negando às partes o direito de defesa como também a lentidão que é demasiadamente ofensiva à sociedade, uma vez que pode ser favorável somente para quem se privilegia com a dilação do processo.

Neste diapasão, a eficácia da prestação jurisdicional depende da celeridade processual, princípio este basilar para a duração razoável do processo, bem como as demais garantias constitucionais e fundamentais do cidadão com relação ao direito buscado ao acesso à justiça, através da apreciação do judiciário para a resolução de qualquer lesão ou ameaça ao seu direito.

Para Samuel Arruda tal princípio, por um lado: (...) exige que o processo seja desenvolvido de forma célere, por outro, é preciso que se tenha tempo suficiente para que as partes possam exercer o seu direito de defesa, e ainda, que haja tempo suficiente para amadurecer sua decisão do magistrado. Caso contrário caracterizaria a violação do direito fundamental tanto pela tramitação morosa quanto pela condução apressada do procedimento, o que impediria as prerrogativas de defesa pelas partes, a produção probatória concreta ou até mesmo a supressão do período necessário à reflexão do juiz (ARRUDA, 2006, p. 207).

Destaca-se que a morosidade processual pode acarretar para o titular do direito muito prejuízo, visto que desrespeita a celeridade e o princípio da razoável duração do processo que estão intimamente ligados, assim como também o princípio do acesso à justiça, todos previstos na lei maior. Rogério Tucci reza que:

o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito.

Além do mais, torna o processo oneroso além de ocasionar a inviabilização da parte mais desprovida financeiramente. Dessa forma, o processo judicial quando não solucionado no tempo razoável, desrespeita os direitos fundamentais. E como foi trazido pelo legislador constituinte, o princípio da duração razoável do processo, tem como objetivo tornar a efetivação da prestação jurisdicional satisfatória, com isso garantiu a sua efetividade, como também que o processo jurisdicional fosse a favor para ambas as partes.

Nesse sentido, para o Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, a Emenda Constitucional nº 45 não representa novidade significativa, no entanto, é perceptível que a positivação na Constituição Federal no rol dos direitos fundamentais, vimos que a Emenda nº 45 constitui um mecanismo que influencia positivamente nas normas constitucionais e assegura os meios necessários para a garantia da razoabilidade do tempo do processo.

A morosidade processual é algo que não é recente e é uma problemática antiga e em virtude de tais razões, a Carta Magna, consagra hoje direitos que amparam a prestação jurisdicional no devido tempo, ou seja, quanto maior o decurso da prestação jurisdicional maior serão as lesões e o descrédito em relação ao judiciário.

Cabe mencionar, Walber de Moura Agra (2002, p. 135), para quem “os direitos fundamentais assinalam um dos traços mais marcantes do constitucionalismo


moderno, em que eles são tomados como direitos invioláveis dos homens, que de forma alguma podem ser suplantados”.

Em consonância com as palavras do referido autor, e em obediência ao direito fundamental é preciso que o processo respeite os demais princípios, sobretudo o da ampla defesa e do contraditório e que garanta a prestação no tempo razoável, garantindo assim, o tempo necessário para uma solução que satisfaça as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no que tange ao princípio do prazo razoável do processo, abriu novos caminhos para visualizar um novo processo mais rápido e efetivo. Tal princípio, surge como escopo de garantia da efetividade de direitos fundamentais e como compromisso do estado com os cidadãos em assegurar o exercício pleno dos direitos e concretização dos mesmos em um Estado democrático de Direito.

Cabe notar, que para asseverar a efetividade do direito à razoável duração do processo é preciso que o Poder Judiciário adquira maior estruturação.

Muito embora, exista uma dificuldade visível na aplicação do princípio constitucional da razoável duração do processo, o mesmo exerce extrema importância contra a morosidade no jurisdicional como garantidor do direito fundamental, uma vez que se trata de um instrumento que propõe a efetivação dos direitos dos cidadãos elencados na Constituição Federal de 1988. 

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Do prazo razoável na prestação jurisdicional*.
ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília jurídica, 2006.
- AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2018.
- BUZAGLO, Samuel Aday. *A crise no judiciário. Carta Mensal*. Rio de Janeiro, v. 55, n. 651, p. 3-23, jun. 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 198
- CRUZ E TUCCI. José Rogério. *Devido Processo Legal e tutela jurisdicional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. 2015. 8. HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. V. 1 e 2. Salvador: Juspodivum, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- JOBIM, Marco Félix. *Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- LUIZ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



ARQUIVO PESSOAL

MIRIAN MARIA DA LUZ é Acadêmica do Curso Bacharelado em Direito – IESRSA.



ARQUIVO PESSOAL

RAYLA MARIA DE BRITO é Acadêmica do Curso Bacharelado em Direito – IESRSA.



ARQUIVO PESSOAL

RODRIGO DE LIMA LEAL é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. Especialista em Direito Previdenciário e Metodologia do Ensino Superior pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Professor. Advogado.



Arras e cláusula penal – Aplicação prática nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel

por CLAUDETE INÊS PELICOLI

“No caso de declaração de rescisão da Promessa de Compra e Venda, não pode haver dupla penalidade, ou se aplicando a Cláusula Penal ou as Arras Confirmatórias, à parte que lhe deu causa, devendo, as partes, na elaboração do contrato eleger de comum acordo a melhor aplicação àquele contrato.”

Nas Promessas de Compra e Venda há confusão entre os institutos de arras e cláusula penal, sobre a finalidade de cada um, em quais situações podem ser usados, se podem ser cumulados entre si ou com perdas e danos e outras questões pertinentes.

Portanto, o presente artigo tem por objetivo esclarecer as partes sobre a possibilidade de incidência de arras e cláusula penal nas Promessas de Compra e Venda de Imóveis.

Desta forma, pretende-se dar subsídios jurídicos quanto a melhor utilização e aplicação dos institutos, especificamente, na elaboração dos Contratos de Promessas de Compra e Venda de Imóveis.

Assim, passa-se a discorrer sobre os dois institutos para aplicação prática na elaboração dos Contratos de Promessas de Compra e Venda.

DAS ARRAS

As ARRAS estão previstas no Código Civil nos arts. 417 a 420 e Súmula 412¹ do STF Colhe-se o conceito de ARRAS do Dicionário Jurídico:

“S.f. (Lat. Arrhas) Dir. Obr. Princípio de execução obrigacional para efeito de aperfeiçoá-la, ou confirmá-la (arras confirmatória); ou estipulação para o caso de arrependimento, com a perda por parte de quem as pagou e a obrigação de restituí-las quem recebeu (arras penitenciais; arras resolutórias). Diz-se também sinal. CC art.1094, 1095. CCom, 218”²

As arras, popularmente, chamadas de sinal, podem ser de dois tipos: penitencial ou confirmatórias.

As arras, com finalidade Penitencial, são denominadas em razão da possibilidade de arrependimento, que pode se dar no curso das tratativas comerciais e antes da conclusão do contrato, neste caso, se o arrependimento for do Promitente Comprador este perderá o sinal dado; se a desistência for do Promitente Vendedor, este deve restituir o valor mais o equivalente.

Portanto, as arras ou sinal, no sentido penitencial, representam uma pena convencional que será aplicada em desfavor da parte que se valer da faculdade de arrependimento, tendo caráter indenizatório. Se o negócio for confirmado, as arras passam a integrar o contrato, a título de entrada, compondo o valor total do preço.

Na hipótese em que as arras são convencionadas para confirmar o contrato, sem possibilidade de arrependimento, então, está-se diante do tipo confirmatória. Neste caso, “as arras confirmatórias têm a função essencial de confirmar o contrato, tornando-o obrigatório após a entrega do sinal. Com a confirmação as partes contratantes, ficam impedidas de rescindir o acordo unilateralmente, vindo a responder por perdas e danos se o fizer”³, servindo as arras confirmatórias como valor mínimo de indenização, conforme previsto no art. 419⁴ do CC.

As arras podem ser convencionadas em dinheiro ou em bens, tendo natureza real e tendo por finalidade: a) firmar a presunção de acordo final, tornando obrigatório o ajuste (caráter confirmatório); b) servir de princípio de pagamento (se forem do mesmo gênero da obrigação principal); c) prefixar o montante das perdas e danos devidos pelo descumprimento do contrato ou pelo exercício do direito de arrependimento, se expressamente estipulado pelas partes (caráter indenizatório).

CLÁUSULA PENAL

A Cláusula Penal está disposta no Código Civil nos arts. 408 a 416.

Configura-se como uma prefixação convencional das perdas e danos, a ser paga, posteriormente, por ocasião da rescisão do contrato ou por infração das cláusulas contratuais.

Tem por finalidade “estimular o integral cumprimento da avença, determinam previamente uma penalidade a ser imposta àquele que der causa à inexecução,

total ou parcial, do contrato. Funciona, ainda, como fixação prévia de perdas e danos, que dispensa a comprovação de prejuízo pela parte inocente pelo inadimplemento contratual”.

O conceito de Cláusula Penal colhe-se do doutrinador Orlando Gomes⁵:

A Cláusula Penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em consequência da inexecução culposa de obrigação. Admite-se, entretanto, que, para exigir o pagamento da multa, não precisa o credor alegar prejuízo.

(...)

Convenciona-se, tendo em vista:

- a) a inexecução do contrato;
- b) a infração de uma de suas cláusulas;
- c) a simples mora

Como, não há necessidade de se comprovar os prejuízos, servindo como uma pré-fixação para as perdas e danos.

A Cláusula Penal pode ser do tipo Compensatória ou Moratória.

A Cláusula Penal do tipo compensatória é aplicada em caso de rescisão contratual completa do contrato, seja do promitente comprador, que do promitente vendedor. Do Promitente Comprador, por exemplo, quando não paga o preço previsto no contrato e do Promitente Vendedor, por exemplo, quando não entrega a obra no prazo ou no modo previsto no Contrato.

A Cláusula Penal do Tipo Moratória é aplicada nas hipóteses de atraso no cumprimento de alguma obrigação ou na infração de cláusulas específicas do contrato, indenizando o retardamento culposos, exemplos: nos casos de atraso na entrega da obra pelo construtor – multa por atraso ou estipulação de aluguel; multa por atraso (após o prazo previsto no contrato) para a transferência do título de propriedade, etc.

Pode, também, haver a Cláusula Penal por descumprimento/infração de Cláusulas do Contrato.

DAS DIFERENÇAS ENTRE ARRAS E CLÁUSULA PENAL

Como se viu as arras são prestadas, antecipadamente, para garantir e confirmar a realização do contrato, enquanto a Cláusula Penal é aplicável *a posteriori* se e em casos de infração das cláusulas do contrato.

“Nas arras penitenciais, a quantia estipulada é o correspondente do direito de arrependimento antes de concluído o contrato, e não indenização por inadimplemento, como na cláusula penal⁶”.

Ainda:

“Não se pode confundir multa penitencial com cláusula penal. Aquela possibilita o arrependimento do negócio por qualquer das partes, enquanto a última visa fixar previamente as perdas e danos no caso de inadimplemento ou inexecução do contrato⁷”.

No quadro resumo abaixo se apresentam as diferenças entre os institutos com o objetivo de esclarecer os institutos na prática.

QUADRO RESUMO

	ARRAS	CLÁUSULA PENAL
Previsão Legal	417-420 CC	408-416
Natureza	Real ⁸	Pessoal
Pagamento	Antecipado ao Contrato	Postecipado: pela rescisão do Contrato ou infração de cláusula ou atraso
Obrigação	Acessória ⁹ ao Contrato	Acessória ao Contrato
Caráter	Indeniza�o	Compensaa�o
Classifica�o	Penitencial – pena aplicada � parte arrependida do negócio Confirmatória – não prevê arrependimento e em caso de resolu�o unilateral, funciona como perdas e danos	Compensatória: referindo-se a: a) inexecu�o completa da obriga�o Moratória: nas hipóteses de: b) descumprimento de alguma cláusula especial ou c) simplesmente mora
Finalidade	a) firmar a presun�o de acordo final, tornando obrigatório o ajuste (caráter confirmatório); b) servir de princípio de pagamento (se forem do mesmo gênero da obriga�o principal); c) prefixar o montante das perdas e danos devidos pelo descumprimento do contrato ou pelo exercício do direito de arrependimento, se expressamente estipulado pelas partes (caráter indenizatório) ¹⁰ .	Estimular o integral cumprimento da avena, determinando previamente uma penalidade a ser imposta àquele que der causa � inexecu�o, total ou parcial, do contrato. Fixa�o prévia de perdas e danos, sem necessidade de comprova�o de prejuízo pela parte inocente pelo inadimplemento contratual.
Aplica�o	Arras Confirmatórias: Visando que o contrato seja mantido, não admitindo arrependimento das partes. Arras Penitenciais: Na Desistência do Negócio – Perda das arras em rela�o ao Promitente Comprador e a sua devolu�o + o equivalente em rela�o ao Promitente Vendedor	Na rescisão/resolu�o contratual por inadimplência do Promitente Comprador. Na mora por descumprimento de alguma cláusula Na infra�o de Cláusulas do contrato.
Perdas e Danos Suplementares	Sim. Artigo 419 do CC	Sim. Parágrafo �nico do art. 416 CC.

ARRAS E CLÁUSULA PENAL – PODEM SER CUMULADAS?

A confusão entre arras e cláusula penal tem justificativa plausível, uma vez que, tanto as arras do tipo confirmatórias, quanto a cláusula penal do tipo compensatória, têm finalidade de indeniza o ou compensa o, a título de perdas e danos¹¹.

Os dois institutos funcionam como perdas e danos em caso de resolução/rescisão contratual unilateral, aplicando-se uma pena ou multa convencional no contrato e pré-fixada, motivo pelo qual, tendo a mesma motivação, não podem ser cumuladas, sob pena de gerar dupla penalidade pela mesma ocorrência.

JULGADO ELUCIDATÓRIO

Neste sentido, colhe-se de julgado elucidatório do STJ, na voz da ilustre Ministra Nancy Andrighi:

“(…)

3. A cláusula penal compensatória constitui pacto acessório, de natureza pessoal, por meio do qual os contratantes, com o objetivo de estimular o integral cumprimento da avença, determinam previamente uma penalidade a ser imposta àquele que der causa à inexecução, total ou parcial, do contrato. Funciona, ainda, como fixação prévia de perdas e danos, que dispensa a comprovação de prejuízo pela parte inocente pelo inadimplemento contratual.

4. De outro turno, as arras consistem na quantia ou bem móvel entregue por um dos contratantes ao outro, por ocasião da celebração do contrato, como sinal de garantia do negócio. Apresentam natureza real e têm por finalidades: a) firmar a presunção de acordo final, tornando obrigatório o ajuste (caráter confirmatório); b) servir de princípio de pagamento (se forem do mesmo gênero da obrigação principal); c) prefixar o montante das perdas e danos devidos pelo descumprimento do contrato ou pelo exercício do direito de arrependimento, se expressamente estipulado pelas partes (caráter indenizatório).

5. Do regramento constante dos arts. 417 a 420 do CC/02, verifica-se que a função indenizatória das arras se faz presente não apenas quando há o lícito arrependimento do negócio, mas principalmente quando ocorre a inexecução do contrato.

6. De acordo com o art. 418 do CC/02, mesmo que as arras tenham sido entregues com vistas a reforçar o vínculo contratual, tornando-o irrevogável, elas atuarão como indenização prefixada em favor da parte “inocente” pelo inadimplemento, a qual poderá reter a quantia ou bem, se os tiver recebido, ou, se for quem os deu, poderá exigir a respectiva devolução, mais o equivalente.

7. Evidenciada a natureza indenizatória das arras na hipótese de inexecução do contrato, revela-se inadmissível a sua cumulação com a cláusula penal compensatória, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem* (proibição da dupla condenação a mesmo título).

8. Se previstas cumulativamente, deve prevalecer a pena de perda das arras, as quais, por força do disposto no art. 419 do CC, valem como “taxa mínima” de indenização pela inexecução do contrato.

9. Os juros moratórios, na hipótese de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa dos promitentes compradores, devem incidir a partir da data do trânsito em julgado, posto que inexistente mora anterior do promitente vendedor. Precedentes.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido”. (REsp 1.617.652/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/9/2017, DJe 29/9/2017).

A CLAÚSULA PENAL OU ARRAS PODEM SER CUMULADOS COM PERDAS E DANOS

Não obstante o trazido, tanto as arras do tipo confirmatórias, quanto a cláusula penal do tipo compensatória, apesar de serem fixadas antecipadamente como perdas e danos, podem ser cumuladas com perdas e danos suplementares conforme previsto

no parágrafo único do art. 416 e no art. 419 do CC, ou tenham origem diversa (não seja compensatória, mas moratória), e desde que sejam comprovadas.


Assim, não obstante as divergências no entendimento jurisprudencial, comungase do entendimento que a Cláusula Penal Compensatória pode ser cumulada com perdas e danos suplementares, desde que, esteja previsto no contrato e seja comprovada, ainda, no que sobejar o valor convencional, contemplando o disposto no art. 416¹², parágrafo único do CC, incluindo-se neste contexto, a despesa paga a título de corretagem e Impostos pagos em razão da transação.

Ainda, entende-se, possam ser cobradas na integralidade as despesas decorrentes do uso do imóvel, como Condomínio, IPTU, Energia Elétrica¹³ e, também, cumulada com o valor dos aluguéis por todo o período de ocupação¹⁴, com retorno ao *status quo ante*, ressaltando entendimento no sentido de que os aluguéis só devem ser computados a partir da mora¹⁵.

CONCLUSÃO

No momento do fechamento de um contrato de promessa de compra e venda de imóvel, deve-se eleger ou as arras confirmatórias, no caso de pagamento antecipado, ou a cláusula penal, no caso de postecipado, pois os dois institutos têm a mesma finalidade de confirmar o negócio, sem direito de arrependimento.

Assim, no caso de declaração de rescisão da Promessa de Compra e Venda, não pode haver dupla penalidade, ou se aplicando a Cláusula Penal ou as Arras Confirmatórias, à parte que lhe deu causa, devendo, as partes, na elaboração do contrato eleger de comum acordo a melhor aplicação àquele contrato.

A aplicação dos institutos vai depender do consenso e vontade das partes no momento da transação comercial, em que podem eleger o melhor acordo entre elas, sugerindo-se que o valor das Arras ou da cláusula penal seja consensual, moderado e equilibrado, seja antes da conclusão do Contrato pela desistência prévia (arras penitenciais), seja por ocasião da rescisão do contrato (Arras confirmatórias ou cláusula penal compensatória), para que a parte inocente possa ser indenizada ou compensada adequadamente, mas sem que tal situação implique em enriquecimento ilícito. 

NOTAS

- 1 No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.
- 2 SIDOU, Othon, J.M. *Dicionário Jurídico*. 3. ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 62.
- 3 <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1022/Arras>
- 4 Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.
- 5 GOMES, Orlando. op. cit., p. 159-162.
- 6 GOMES, Orlando, op.cit. p. 162.
- 7 RIZZARDO, Arnaldo, op. cit. p. 415.
- 8 *Distinção entre os direitos reais e pessoais* – Diz-se *real* o direito que recai diretamente sobre a coisa; *pessoal*, o que depende de uma prestação do devedor, isto é, o que implica, necessariamente, a colaboração de um sujeito passivo. (RODRIGUES, Silvio, op. cit. p. 7)

- 9 Quer dizer que, se o contrato é nulo, por exemplo, também é nula a cláusula penal nele estipulada, pois o acessório segue o principal.
- 10 REsp 1.617.652/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 29/9/2017.
- 11 Artigo 389 do Código Civil: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
- 12 Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.
- 13 Ação de indenização. Rescisão de contrato de compra e venda de apartamento. Valor pago pelo comprador não restituído. Permanência deste no imóvel. Pretendida indenização pela vendedora. Retorno das partes ao *status quo* ante. Condenação do réu ao pagamento de valor correspondente à utilização do imóvel a título de aluguel, desde a entrega das chaves até a efetiva desocupação ou adjudicação. Alegada prescrição. Inocorrência. Inaplicabilidade da regra prevista para contratos de locação. Obrigação do réu quanto ao pagamento de eventuais pendências relativas a taxas e impostos durante o período em que o bem foi por ele ocupado. [...] É de se reconhecer, ainda, a obrigação do Comprador-réu quanto ao pagamento de eventuais pendências relativas a taxas de condomínio, IPTU, tarifas de energia elétrica, água e outras, decorrente da ocupação do bem. [...] (AC n. 2010.056854-1, rel. Des. Subst. Saul Steil, j. em 28.06.2011). (Grifou-se).
- 14 STJ, Recurso Especial nº 1.613.613 – RJ (2016/0064287-0), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 12 de junho de 2018.
- 15 “A cláusula penal, consistente na retenção de percentual sobre o valor das prestações pagas, visa, entre outras coisas, ao ressarcimento do promitente vendedor pela utilização do imóvel durante o período em que o contrato foi cumprido.” (REsp 963.073/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. P/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22.03.2011). Por outro lado, caso o promissário comprador continue na posse do bem após a mora, será devida, ao credor, indenização por perdas e danos, a título de aluguéis, o que não se confunde com a pena convencional” (AgRg no REsp 1179783/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 19.04.2016).

BIBLIOGRAFIA

- GOMES, Orlando. *Obrigações*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 4. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2005.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 2., Parte Geral das Obrigações, 25. ed., ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 1997.
- SIDOU, Othon, J.M. *Dicionário Jurídico*. 3. ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- <https://jus.com.br/artigos/62398/clausula-penal-e-arras-nao-se-acumulam-em-caso-de-inexecucao-de-contrato>
- <https://ribeirooliveiraadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/545045837/arras-confirmatorias-e-penitenciais>
- <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/221179116/stj-10-12-2018-pg-7067>
- <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1022/Arras>



ARQUIVO PESSOAL

CLAUDETE INÊS PELICOLI é Advogada, Diretora do Escritório de Advocacia Pelicoli Advogados, Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI/SC (2000), Especialização em Direito Tributário pela Fundação José Arthur Boiteux FUNJAB/UFSC (2002), Especialização em Psicologia pela Universidade Estadual de São Petersburgo Rússia (2007), MBA em Direito da Economia da Empresa pela FGV Fundação Getúlio Vargas (2009), Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade de Buenos Aires/AR (2011), MBA – Business Intuition: Identidade Empresarial pela Faculdade Antônio Meneghetti (2015).

A Lava-Jato e o CURUPIRA

POR EURO BENTO MACIEL FILHO

“Diferentemente do Curupira, que tudo pode porque só existe nos livros escolares, a “Lava Jato”, que é real e provoca consequências sérias naqueles que são por ela alcançados, tem seus limites fixados pela Constituição Federal, os quais precisam ser respeitados, sob pena de desbancarmos para o arbítrio.”

Quem nunca ouviu falar do Curupira? Para os mais desavisados, cumpre dizer que o Curupira é considerado o personagem mais antigo do folclore brasileiro.

Em suma, o Curupira é um menino de cabelos ruivos, tido como o protetor das nossas florestas. Sua principal característica é a de ter os pés virados para trás, pois, assim, ao caminhar, ele consegue enganar alguém que pretenda segui-lo olhando para suas pegadas. O perseguidor pensará sempre que ele foi na direção contrária. Arteiro e malicioso, o Curupira prega peças nos lenhadores e caçadores, às vezes deixando-os perdidos na floresta.

De toda forma, trata-se de um ser mítico, que vive no imaginário das pessoas.

Sobre esses seres lendários, é cediço que o nosso folclore os possui aos montes. Além do Curupira, também temos o Caipora, o Saci-Pererê, a Mula Sem Cabeça, o Boitatá, dentre tantos outros.

De uns tempos para cá, contudo, um novo personagem vem entrando para esse seleto rol de entes mágicos, que habitam o inconsciente coletivo do brasileiro, despertando medos e paixões. Refiro-me ao mito da “Lava Jato”.

De fato, o que, inicialmente, resumia-se a uma operação da Polícia Federal, semelhante a tantas e tantas outras anteriormente realizadas, foi ganhando corpo e, hoje, também passou a integrar o imaginário popular.

Realmente, após infindáveis fases, uma mais espetacular que a outra, não é exagero algum afirmar que o combate incessante e irrestrito à corrupção adquiriu feições sobre-humanas e, atualmente, atende pelo nome de “Lava Jato”.

De repente, a sombra da “Lava Jato” passou a dominar as decisões mais importantes do País. Nada mais é resolvido, nenhum projeto de lei é aprovado, nada, enfim, é feito sem que se defina se aquilo será bom ou ruim para a operação.

Infelizmente, ninguém dá um passo neste País sem antes se consultar com os oráculos da “Lava Jato”.

A sociedade, em meio aos sucessivos escândalos, aplaude a tudo o que vê, independentemente de termos prisões preventivas indevidas, escutas ilegais ou provas ilícitas. Criou-se a ideia de que tudo vale para combater a corrupção, porque assim deseja o mito da “Lava Jato”.

Porém, ao mesmo tempo em que aplaude um sem número de arbitrariedades, o povo não percebe que também é manipulado, pois é usado como “massa de manobra” para pressionar políticos, Juízes e Ministros a adotarem esta ou aquela decisão, conforme seja mais benéfico ao ser mítico da “Lava Jato”.

É bem verdade que, conforme os abusos passaram a ocorrer, surgiram diversas vozes contrárias ao punitivismo exagerado e ao desrespeito às formalidades legais. Entretanto, esses (poucos) que ousaram criticar a operação e os seus excessos logo foram alcunhados de oportunistas, antipatriotas, facilitadores da corrupção, etc.

Enfim, de repente, criou-se uma dualidade perigosa, qual seja, ou se está a favor da “Lava Jato”, o que o tornava um “homem de bem”, ao lado das pessoas contrárias ao desvio de verbas públicas, ou, então, o simples fato de criticá-la já seria suficiente para torná-lo um defensor da corrupção, verdadeiro traidor da pátria. O meio termo, vale dizer, ser a favor do combate à criminalidade, desde que respeitadas as garantias constitucionais, simplesmente deixou de existir.

A “Lava Jato”, então, tornou-se, tal qual o Curupira, um ser mítico, com vida e vontades próprias, as quais precisavam ser defendidas pelos chamados “homens de bem”. O que era uma simples operação policial transformou-se, de repente, num ente imaginário, que passou a habitar o inconsciente coletivo do brasileiro, despertando amores e ódios.

Aos poucos, o mito da “Lava Jato” passou a pressionar não só a classe política, mas também os Integrantes do Poder Judiciário. Com efeito, já não é de hoje que a lenda da “Lava Jato” vagueia pelas Casas do Congresso e por nossos Tribunais, vigiando e atormentando as consciências de parlamentares, Juízes e Ministros.

De efeito, já há algum tempo, como se realmente existisse um ente lendário a ser respeitado, diversos foram os projetos de lei e inúmeras as decisões judiciais que ou foram impiedosamente criticadas, ou, então, entusiasticamente aplaudidas, tudo consoante a (imaginada) interferência que trariam para a operação.

Curioso é que, dentro desse contexto, foram poucos os que se dedicaram a analisar, de forma detalhada e responsável, a viabilidade jurídica e processual daqueles projetos de lei ou decisões judiciais. Para a grande maioria, pouco importava se

estariam certas ou erradas, pois, o que realmente vale é saber se, ao final, o tal projeto ou decisão judicial irá supostamente facilitar, ou não, a vida dos corruptos e corruptores.

Quanto à legalidade e ao devido processo legal? Ora, às favas com os princípios constitucionais. O que realmente importa são as prisões midiáticas (quase sempre sem fundamentos concretos), o encarceramento açodado dos poderosos e o combate intransigente aos chamados “crimes do colarinho branco”. Afinal, esse novo ser mítico fez nascer no inconsciente coletivo que é disso de que o País precisa, pouco importando a legalidade.

Chegamos a um ponto que, recentemente, um Desembargador Federal, ao decidir pela soltura de diversos alvos de uma determinada operação da Polícia Federal, em meio às loas dirigidas ao Juiz responsável pela decretação das prisões preventivas claramente indevidas, quase chegou a se desculpar pela decisão que as revogara, como se temesse ser perseguido ou punido pelo ser lendário da “Lava Jato”.

Positivamente, está tudo errado!

Já passou da hora de darmos um basta nesse endeusamento da operação “Lava Jato”. Nunca é demais mencionar que, muito embora a sociedade a venha tratando quase como um ser mítico, ela continua sendo, e sempre será, uma mera operação (exitosa) da Polícia Federal.

Se assim o é, faz-se necessário lembrar que ela é conduzida e planejada por pessoas muito bem-intencionadas, porém, falíveis como qualquer um. Logo, decisões judiciais que a contrariem ou projetos de lei que busquem coarctar seus excessos não podem ser tratados como manobras ou ardis.

Da mesma forma, aqueles que a criticam não podem ser vistos como inimigos da Nação ou, então, como partidários da corrupção.

Tanto a “Lava Jato” como qualquer outra operação da Polícia Federal não está acima da lei. O respeito ao devido processo legal e à ampla defesa precisa e deve ser sempre assegurado, ainda que tudo isso contrarie a vontade daquele ser mítico, responsável por tantas prisões indevidas e outros incontáveis excessos.

Diferentemente do Curupira, que tudo pode porque só existe nos livros escolares, a “Lava Jato”, que é real e provoca consequências sérias naqueles que são por ela alcançados, tem seus limites fixados pela Constituição Federal, os quais precisam ser respeitados, sob pena de desbancarmos para o arbítrio.

Decididamente, não podemos ter nossas Instituições “guiadas” pela vontade popular ou, melhor dizendo, pelo medo de contrariar a “Lava Jato”.

Essa clara influência negativa promovida pelo mito da “Lava Jato” voltará a ser avaliada, quando o Plenário do STF voltará a analisar a malfadada “prisão em segundo grau”. Que os ventos da legalidade consigam afastar as brumas da “Lava Jato” que ainda pairam sobre o STF, para assim permitir que nossos Ministros retomem o efetivo respeito ao princípio da presunção da inocência, assim garantindo a todo e qualquer acusado o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado.

Enfim, ainda bem que temos quem seja “do contra”, afinal, a unanimidade é, e sempre foi, burra. 🚫



EURO BENTO MACIEL FILHO é Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor Universitário, de Direito Penal e Prática Penal. Membro do IBCCrim e do IDDD. Advogado criminalista.



DIVULGAÇÃO

Imóveis na Física ou na Jurídica

POR MARCIA DESSEN E LUCIANA PANTAROTO

Vale a pena abrir uma empresa e colocar os imóveis em nome de uma pessoa jurídica?

Os brasileiros têm forte atração por imóveis. Muitos acumulam imóveis, comprados ou herdados, com pouca clareza em relação aos custos e impostos necessários para manter esse patrimônio imobiliário.

José acaba de herdar imóveis, alguns permanecerão alugados, e outros, pretende vender. Ele ouviu dizer que o melhor a fazer é transferir os imóveis para uma pessoa jurídica, pois a tributação é mais baixa. Hum, será que é simples assim?

Antes de decidir é preciso comparar a tributação dos aluguéis e lucros na pessoa física e na pessoa jurídica além de calcular os custos de abertura, manutenção e eventual encerramento da PJ.

Na pessoa física, os rendimentos dos aluguéis são tributados mensalmente pela tabela progressiva (0 a 27,5%) e somados aos outros rendimentos tributáveis na declaração de Imposto de Renda. O imposto final dependerá dos rendimentos tributáveis e despesas dedutíveis, que levarão à escolha do modelo de declaração a ser utilizado.

No caso de José, que tem outros rendimentos tributáveis (salário mensal de R\$ 15 mil) e utiliza a declaração simplificada em razão de poucas despesas dedutíveis, o IR será superior a 20%.

Se transferir os imóveis para uma pessoa jurídica cuja atividade seja a compra, venda e aluguel de imóveis próprios, recolherá os tributos de acordo com o regime de tributação escolhido. Como o Simples Nacional não pode ser adotado neste caso, em geral, o regime mais interessante é o lucro presumido, que tributará os aluguéis entre 11% a 14%. Assim, se José transferir os imóveis para uma pessoa jurídica, pagará menos imposto de renda sobre os aluguéis. Mas esse é apenas um pedaço da história.

Se e quando José vender os imóveis, na pessoa física pagaria IR de 15% sobre o lucro, se inferior a R\$5 milhões. Ainda nessa condição, poderá se beneficiar de algumas isenções, por exemplo, não pagará IR sobre o lucro da venda de um imóvel residencial se comprar outro imóvel residencial em até 180 dias; poderá aplicar o percentual de redução sobre os imóveis que possui há mais tempo; no limite, o lucro estará isento de IR se os imóveis foram comprados antes de 1969.

Quando uma pessoa jurídica vende um imóvel, a tributação depende de sua atividade e da classificação contábil do imóvel. Demanda uma análise mais profunda, pois tanto na pessoa física quanto na pessoa jurídica, há particularidades e variáveis que resultam em tributação mais ou menos vantajosa, dependendo de cada situação.

Ainda falando de imposto, na transferência do imóvel da pessoa física para a empresa, cuja atividade seja a compra, venda, aluguel e arrendamento mercantil de imóveis próprios, incide o ITBI, imposto municipal sobre transferências onerosas de bens imóveis (em São Paulo, a alíquota é 3%).

Além das questões tributárias, outros custos devem ser considerados, como a abertura da empresa, manutenção e/ou encerramento, registro na junta comercial, contabilidade, consultoria jurídica, etc.

Além de colocar todos os custos na ponta do lápis, a abertura de uma empresa pode ter impactos patrimoniais mais abrangentes e requer atenção especial em questões societárias e sucessórias. Os casados ou os que vivem em união estável precisam observar também eventuais implicações decorrentes do regime de bens do casamento.

Inicialmente, José estava decidido a abrir uma pessoa jurídica para acolher os imóveis herdados motivado pela menor tributação sobre os aluguéis. Entretanto, após entender toda a complexidade e custos envolvidos, decidiu buscar consultoria especializada para tomar a decisão mais adequada. ✍

ARQUIVO PESSOAL



MARCIA DESSEN é Planejadora financeira com a certificação CFP®, autora do livro *Finanças Pessoais: o que fazer com seu dinheiro*, diretora da Planejar, Associação Brasileira de Planejadores Financeiros.

ARQUIVO PESSOAL



LUCIANA PANTAROTO é Advogada e Planejadora Financeira Certificada (CFP®). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela PUC-SP. Sócia fundadora da Consultoria Dian & Pantaroto, especializada em planejamento tributário e sucessório.

Ad praeteritum (Para o passado)

por VICENTE DE PAULO SARAIVA



P*raeteritum* acha-se no acus. [sg.] por força da preposição *ad* – devendo considerar-se no gênero neutro pelo uso indeterminado do particípio (que tem natureza de adjetivo), formando o conjunto uma locução adverbial.¹ Adjunto adverbial de tempo (para quando); isto é: recuando para o passado.

Suetônio usa, em vez da preposição *ad*, a preposição *in*, também com acusativo: *in futurum*.²

Ad praeteritum significa que os efeitos do ato jurídico (nomeadamente da lei) passam a valer desde um momento passado (v. *ex tunc*): opõe-se, assim, à expressão anterior *ad futurum* (q. v.).

Remonta ao direito romano,³ como norma geral, a irretroatividade da lei, a menos que expressamente ressalvada (C. 1, 14, 7). E tal é postulado universalmente aceito, em razão da necessidade de se dar estabilidade às relações jurídicas.

Trata-se, entretanto, de um princípio de política legislativa, um mero conselho para o legislador. O sistema jurídico alemão, p. ex., embora acate em tese a irretroatividade das leis, admite o contrário, desde que se deduza, explícita ou implicitamente, dos termos em que aquelas forem vazadas.

O direito brasileiro, todavia, à semelhança do francês e italiano, repele a retroatividade (LICC, art. 6º e §§ 1º/3º) – proibindo-a ao *juiz* na aplicação do direito. Mais: deu-lhe endosso constitucional desde a primeira Carta republicana (art. 11, nº 3) até a atual (art. 5º, XXXVI), de modo que a irretroatividade é preceito também para o *legislador*.

Contudo, há casos de aparente retroperância. As leis *interpretativas*, p. ex., por serem a exegese do pensamento do legislador, tornam-se autênticas contemporâneas da lei interpretada. E as chamadas leis *favoráveis* não podem, por sua natureza, prejudicar direitos adquiridos nem situações jurídicas já aperfeiçoadas: assim, as leis penais advenientes que vierem a favorecer os autores de atos tipificados como crimes no passado, se aplicam àqueles na minoração da pena, embora a sentença condenatória haja transitado em julgado (CPP, art. 2º, par. único); e se discriminarem os atos antes tidos por delituosos, implicarão a extinção da punibilidade (*id.*, art. 107, III).

Por outro lado, como os atos *nulos* o são de pleno direito, a declaração de sua nulidade pelo juiz recusa no tempo, retroagindo à data em que viciosamente foram emitidos: contudo, alguns de seus efeitos deles podem promanar – como ocorre, p. ex., com o ato nulo que transferiu um bem, mas que, indiretamente, serve para justificar o tempo de posse; como ocorre, ainda, com a citação nula, que não obstante interrompe a prescrição e constitui o devedor em mora. 🗡

NOTAS

1 V. Un. I, Cap. IV, 14, b; e Cap. III, 14, f.

2 GAFFIOT e SARAIVA, s. v. *praeteritus* e *praetereo* – respectivamente.

3 A bibliografia sobre o assunto é a mesma das notas 270/271, *supra*.



VICENTE DE PAULO SARAIVA é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e autor da obra *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses* (Saraiva, 1999, 856 p.).

Responsabilidade do sócio após deixar a sociedade

POR RODRIGO BELLA MARTINEZ

Tema de grande discussão no direito societário, a responsabilidade do sócio que se desliga de uma sociedade limitada continua em destaque após recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

A controvérsia envolve a responsabilidade do sócio por até 02 (dois) anos após a sua saída do quadro societário da empresa, em função do previsto nos arts. 1.003, 1.032 e 1.057 do Código Civil.

Inicialmente, convém segregar algumas hipóteses. Muitos confundem esses ditames legais, como se estabelecessem uma solidariedade do sócio retirante em relação às obrigações da sociedade, o que não é verdade.

A responsabilidade da sociedade é da sociedade e somente da sociedade. Seus sócios, atuais ou já desligados, não são corresponsáveis pelas obrigações e dívidas da sociedade. São pessoas diferentes, com personalidades diferentes, que não se confundem. Dessa forma, o fato de ser ou ter sido sócio de uma sociedade não acarreta, por si só, responsabilidade solidária nem subsidiária. Ainda que o art. 1.003 preveja uma responsabilidade “perante a sociedade e terceiros”.

É exatamente isso: em regra, os sócios não respondem pelos débitos da sociedade.

No entanto, essa regra também tem exceções, as quais podem acarretar a responsabilização dos sócios. Uma delas se dá via desconsideração da personalidade jurídica, hoje com rito processual próprio previsto no Novo Código de Processo Civil. Ou em processos de natureza fiscal, na linha do que estabelece a Súmula 435 do STJ ao fixar a presunção de dissolução irregular da sociedade e legitimar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, como previsto no Código Tributário Nacional. Ainda nesta segunda hipótese, note-se que não serão todos os quotistas a responder pelos débitos fiscais, mas somente aqueles que figuravam como administradores.

Com esse olhar já é possível retomarmos a discussão inicial: e quanto aos sócios que saem da sociedade? Nesses casos em que débitos da empresa são redirecionados, deverão responder por até 02 (dois) anos de sua saída?

Como dito, o STJ veio trazer um pouco mais de luz à discussão, por meio do julgamento do REsp 1.537.521-RJ. No caso concreto, o sócio recorrente deixou a empresa em jun/2014, após um acordo para pagamento parcelado de débitos locatícios ter sido firmado. Um ano e meio depois, em dez/2015, a sociedade passou a inadimplir seu compromisso com o locador, o que resultou numa ação de execução.

Considerada como havida a dissolução irregular da sociedade, o juízo de primeiro grau desconsiderou a sua personalidade jurídica e aceitou a inclusão dos sócios, como pleiteado pelo exequente. Dos sócios atuais e daquele que havia saído em 2014, pautando-se nessa regra de responsabilização por até 02 (dois) anos. Portanto, no caso, para débitos vencidos até jun/2016.

Após igual conclusão do Tribunal de Justiça Fluminense (0017694-89.2014.8.19.0000), coube ao STJ segregar a responsabilidade desse antigo sócio. Foi considerado que a previsão legal deveria ser aplicada apenas a episódios com fato gerador até a data da saída. Se muito tempo depois a sociedade passou a descumprir seus compromissos, quando já administrada por outrem e sem qualquer participação ou influência do sócio retirante, este não poderia responder por tais situações, já que sequer delas participou, nem indiretamente.

Afastou-se uma evidente injustiça e foi trazida um pouco de segurança (ainda que a decisão não seja vinculante) a futuras relações societárias.

Pois realmente foge do razoável que alguém deva responder pelo que não assumiu ou participou.

A discussão é relevante pois nem sempre é assim, pelo contrário, como ilustra o julgamento pelas duas instâncias do Rio de Janeiro. A apelação foi decidida até por meio de decisão monocrática, que se limitou a analisar o lapso temporal entre a saída do sócio e o início da dívida, sem levar em conta a origem desta.

Uma breve pesquisa jurisprudencial aponta que o lapso temporal costuma ser adotado de forma fria, e até cruel.

Quando não se vê até a responsabilização direta do sócio retirante, como se a sua saída fosse um indício absoluto de fuga ou de fraude para fugir de compromissos da sociedade (como se ele fosse corresponsável), como muito se via (e ainda se vê) principalmente na Justiça do Trabalho.

O próprio STJ por muitas vezes não restringiu a responsabilidade dos sócios retirantes, como se nota em alguns julgados (AgInt no AgREsp1.034.255/PE, REsp1.259.066/SP, 1.312.591-RS). Em trecho do acórdão de um desses casos, chegou a ser assentado que “... a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de não serem aplicáveis os arts. 1.003 e 1.032 do CC aos casos de desconsideração da personalidade jurídica...”.

Vivemos tempos de forte clamor social por justiça, o que é louvável e certamente tende a levar a um amadurecimento do Brasil como nação. Mas essa aparente pressão da sociedade não pode abalar um dos princípios mais caros à democracia: a segurança jurídica.

Nesse sentido, espera-se que a decisão do STJ citada possa trazer um ambiente de maior serenidade entre empreendedores, investidores e gestores, figuras de máxima importância para a geração de empregos e recolhimentos de tributos em qualquer país. 📌



RODRIGO BELLA MARTINEZ é advogado, bacharel pela USP e sócio de Bella Martinez Advogados. Atua no Contencioso Estratégico nas áreas cível, aduaneira e licitações.



“Reconhecimento Facial: O Futuro Chegou”

por FLÁVIO FILIZZOLA D’URSO

“Enquanto para os brasileiros o uso dessa tecnologia de ponta representa uma novidade, na China isto já é uma realidade, especialmente porque a China possui cerca de 200 milhões de câmeras com reconhecimento facial, revelando absoluto sucesso.”

Durante o carnaval, uma notícia chamou mais a atenção do que as escolas de samba e os trios elétricos nas ruas, trata-se do relato de um indivíduo que foi preso em Salvador, após ter sido identificado pelo sistema de reconhecimento facial eletrônico, que foi implantado nos acessos dos principais circuitos de carnaval, pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia.

Apesar de não parecer novidade, uma vez que algumas redes sociais se utilizam de reconhecimento facial para sugerir a marcação de uma pessoa na foto publicada, o que mais chamou a atenção neste caso, e fez esta notícia ganhar destaque, foi que este indivíduo estava vestido de mulher (com peruca e maquiagem), porque estava fantasiado para acompanhar um famoso bloco de carnaval da Bahia, denominado “As Muquiranas”.

Sua identificação ocorreu quando ele acessou o circuito Barra-Ondina, por volta de 17:15 horas, observado pelas câmeras e identificado pelo sistema, que apontou 94% de similaridade entre o homem capturado pelas imagens e o banco de dados do sistema, no qual figurava um mandado de prisão em aberto, por um assassinato ocorrido em dezembro de 2017.

A vantagem da utilização deste tipo de sistema é a velocidade e a quantidade de análises que consegue efetuar, para a busca de criminosos. Para se ter uma ideia, em seis dias de festa, foram reconhecidos 3 milhões de rostos no carnaval de Salvador, o que resultou na identificação e prisão desse indivíduo, mesmo sendo um sistema adotado de forma experimental.

Para fazer este levantamento, o sistema analisa as características de quem está sendo filmado, como a distância dos olhos, nariz, boca e até mesmo a linha da mandíbula, e os compara com as imagens que possui em seu banco de dados (que nesta fase inicial foi alimentado com pessoas que possuem contra si mandados de prisão a serem cumpridos) e, como resultado, apresenta um percentual de similaridade para que as autoridades possam fazer a verificação final e, se for o caso, a prisão do indivíduo.

Também outras cidades estão iniciando a implementação da tecnologia de reconhecimento facial, na busca de criminosos, como o exemplo de Copacabana, no Rio de Janeiro. Ali, nos primeiros dez dias de funcionamento, o sistema auxiliou na prisão de oito pessoas, segundo o governador Wilson Witzel. O uso desta ferramenta já está sendo ampliado para outros pontos da cidade, como o estádio do Maracanã e o aeroporto Santos Dumont, como também está sendo testada na cidade de Campinas, no interior de São Paulo.

Enquanto para os brasileiros o uso dessa tecnologia de ponta representa uma novidade, na China isto já é uma realidade, especialmente porque a China possui cerca de 200 milhões de câmeras com reconhecimento facial, revelando absoluto sucesso, como no caso da identificação de um indivíduo foragido durante um show com 60 mil pessoas. Mas o que mais impacta é a velocidade de reconhecimento, pois, neste caso, deu-se em menos de 0,001 segundo, portanto, já é possível imaginar o futuro desta tecnologia aqui no Brasil.

Como toda novidade, esta também enfrenta algumas dificuldades, a exemplo do erro de sistema, com a identificação equivocada de pessoas, o que reforça a necessidade da participação humana na identificação dos criminosos. Outro aspecto é a questão do risco à privacidade, pois, se o sistema for alimentado com os rostos de todos os cidadãos, seria possível acompanhar o dia a dia de cada um, verificando os lugares que frequenta, por onde passou, e com que esteve, violando fatalmente sua privacidade e podendo ser utilizado como ferramenta para perseguição.

Não se pode negar que são sempre muito bem-vindas novas tecnologias, em especial o reconhecimento facial, na busca de uma sociedade mais segura, todavia, não se pode perder de vista, nem se desprezar, os efeitos nocivos do desvirtuamento e da indevida utilização desse sistema, que afrontaria um dos maiores e mais importantes direitos da pessoa, que é o seu direito à privacidade. 🗡️



FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO é Advogado Criminalista, Mestrando em Direito Penal na USP, pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal), com Especialização pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), Membro do Conselho Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, do Ministério da Justiça, Conselheiro Estadual da OAB/SP (gestão 2016-2018) e integra o escritório de advocacia D'Urso e Borges Advogados Associados.



A prática reiterada do feminicídio

POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

Os meios de comunicação de fácil acesso e longo alcance vêm noticiando, reiteradamente, a prática de crimes de feminicídio, tanto na forma tentada como consumada. As notícias divulgadas, acompanhadas de fotos que causam repúdio ao primeiro olhar, dão conta do impacto provocado na opinião pública que, por sua vez, sem fronteiras, vai sedimentando cada vez mais sua opinião recriminadora. Segundo o jornal Folha de São Paulo, durante o ano de 2019, “ao menos 119 mulheres foram mortas no Brasil em janeiro por causa de seu gênero; outras 60 sobreviveram.”¹

É, realmente, um número demasiadamente exagerado, levando-se em consideração que o tipo penal do feminicídio é de construção recente, com pena mais exacerbada que o do homicídio, também revestido do mesmo caráter de hediondez e que tem por finalidade a proteção da mulher, no tocante à violência doméstica e familiar como, também, ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O surto existente, acontecendo em várias cidades do país, é de difícil explicação no campo da criminologia, que busca equacionar os novos comportamentos humanos que geram reações agressivas praticadas contra namoradas, companheiras ou esposas. É certo que a sociedade experimenta mutações constantes e seu dinamismo traz uma nova realidade de convivência, muitas vezes atropelando valores e bens jurídicos indisponíveis, como a vida humana. Mas, de antemão, fica um questionamento delimitado pelo labirinto existente entre os pensamentos que giram em torno de Eros e as deliberações de Tântatos.

Apesar de a opinião pública ter já externado seu repúdio e aversão a tais condutas praticadas contra as mulheres, considerando-as intoleráveis, apesar da existência de lei específica para o controle social de tal ilícito, o que se vê na realidade é a reiteração do crime em modalidades agressivas diferenciadas, na maioria delas com requintes de crueldade. Parece até que o agressor, sabedor que é do alto grau de periculosidade que reveste sua conduta e da exasperada pena cominada pelo tipo penal, mesmo assim, faz opção pelo ato de violência, não se importando com as consequências penais referentes ao seu

status libertatis. A título de curiosidade, a prática de homicídio simples prevê uma pena de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto que no feminicídio a pena é de 12 a 30 anos, também de reclusão, sem contar ainda com os acréscimos em razão do estado gestacional da vítima, se for praticado diante de descendentes ou ascendentes, assim como em razão de descumprimento de medida protetiva.

Desta forma, cai por terra a teoria inibidora da criminalidade se ao delito for imposta uma pena mais gravosa. Não tem qualquer aplicação ao presente caso. O mesmo fenômeno ocorreu quando da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, que surgiu como se fosse a tábua de salvação no campo penal, pois ditou normas a respeito do caráter de hediondez do crime, expondo-o como uma conduta ignóbil e repulsiva, que provoca a indignação seguida da reprovação unânime da sociedade. Em razão disso, carregou um *plus* legislativo diferenciado, que permitia ao Judiciário - segregar provisoriamente - negar o benefício da liberdade provisória, o pagamento da fiança - indeferir qualquer pleito com relação à graça, anistia, indulto e - determinar o cumprimento da pena em regime mais rigoroso.

Apesar de se apresentar como norma de endurecimento penal, a lei ordinária foi se atritando com o regramento constitucional e a consequência foi a suavização do preceito que previa o direito de se obter a liberdade provisória e o regime fechado integral de cumprimento da pena. Tais benefícios praticamente retiraram o rótulo de hediondo do crime, que passa para a vala comum, com tratamento idêntico aos demais, justificando-se a prisão não mais pela gravidade da ação do agente e sua imediata reprovação popular, mas pelos parâmetros utilizados para os crimes comuns.

Uma vez que a pena não se apresenta como caráter intimidativo, deve-se buscar outra fonte para encontrar uma solução que possa, ao menos, suavizar a ocorrência de tantos feminicídios. Por se tratar, em regra, de um crime que envolve relacionamento entre homem e mulher, o responsável pela agressão é o atual ou ex-companheiro da mulher e, como pano de fundo, surge com acentuada frequência, o inconformismo com o término da relação. Daí a necessidade de a mulher buscar auxílio nas delegacias especializadas, desde quando perpetrada a primeira agressão, mesmo que seja catalogada como natureza leve. E, a partir desta quebra de confiança, ficar atenta para próximas investidas, oportunidade em que poderá solicitar o concurso da justiça para ser beneficiada com medidas protetivas adequadas, previstas na Lei Maria da Penha. É muito comum a mulher deixar passar *in albis* a comunicação não só de uma como de várias outras agressões e quando ocorre a derradeira, toma-se conhecimento que há muito tempo figurava como vítima, sem qualquer proteção.

Talvez, para o momento, seja esta conscientização necessária para estancar tantos crimes desnecessários, observando que, com a comunicação, o agressor será identificado e poderá, se quiser, frequentar grupos de auxílio para entender a ilicitude de sua conduta. 🚩

NOTAS

- 1 <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/71-dos-feminicidios-e-das-tentativas-tem-parceiro-como-suspeito.shtml>



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde. reitor da Unorp, advogado.

Recuperação de tributos – qual a via judicial escolher?

POR SABRINA BERNARDI PAULI

“A escolha da via ordinária ou mandamental pelo contribuinte é complexa, devendo-se analisar cada caso, bem como o risco da demanda e as características do cliente, se mais conservador ou não.”



A recuperação de tributos nada mais é do que a recuperar/buscar impostos, taxas e contribuições que foram pagos indevidamente ao fisco pela empresa seja ela pública e/ou privada, pequena, média ou de grande porte.


Os impostos podem ser considerados ilegais quando por exemplo, não obedecerem ao princípio da anualidade, segundo o qual um tributo novo só pode vigorar um ano depois de sua publicação, e ainda onde uma alíquota só pode ser aumentada por lei, jamais por uma portaria. Assim quando os tributos surgirem contrariando essas regras, eles estão sendo estabelecidos de forma ilegal e a empresa tem direito à recuperação tributária.

A dúvida que se tem é qual a melhor via processual a ser utilizada para esta recuperação? A resposta para esta pergunta é complexa e dependerá do perfil de cada empresa/cliente. As duas vias processuais mais utilizadas para a recuperação de tributos são: ação ordinária e mandado de segurança.

O mandado de segurança é um remédio constitucional previsto no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal utilizado nos casos de defesa de direitos líquidos e certos, que dispensem a fase de dilação probatória e que não estejam amparados por habeas corpus ou habeas data. A via mandamental apenas declara o direito ao recebimento desses valores e faz cessar a cobrança indevida, podendo-se fazer a instrução processual por amostragem, atribuindo um valor de causa reduzido, que implicará no recolhimento de custas processuais iniciais reduzidas. E no caso de eventual indeferimento da causa, a parte vencida não será condenada ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Ocorre que a sentença do mandado de segurança tem caráter meramente declaratório, não se constituindo em título executivo judicial, portanto, após o trânsito em julgado da sentença do mandado de segurança será necessário que ela seja levada ao fisco para sua homologação, apresentando os cálculos dos valores a serem restituídos. Neste caso, caberá ao fisco reconhecer, ou não, os valores que lhe são apresentados. E, se o fisco negar em homologar os valores apresentados, poderá ser necessário que o contribuinte tenha que ajuizar uma nova ação judicial para ver definido o *quantum* da restituição já julgada como devida pelo Poder Judiciário.

Tal situação não ocorrerá se a via processual adotada foi a ordinária, já que não caberá mais nenhuma discussão judicial após o trânsito em julgado da sentença. Na ação ordinária o valor da causa deve corresponder, em regra, ao valor econômico que se pretende ali auferir. Portanto, as custas iniciais do processo serão superiores às do mandado de segurança. A sentença prolatada constitui-se em título executivo judicial, de modo que após o trânsito em julgado segue-se a sua imediata execução, observando os valores reconhecidos em juízo como devidos para fins de restituição do tributo pago indevidamente. Dessa maneira, após transitada em julgado a sentença não cabe ao fisco discutir os valores ali envolvidos. Urge ressaltar que junto à prolação da sentença poderá o juiz condenar a fazenda pública envolvida ao pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte ex adversa.

Assim, a escolha da via ordinária ou mandamental pelo contribuinte é complexa, devendo-se analisar cada caso, bem como o risco da demanda e as características do cliente, se mais conservador ou não. 



SABRINA BERNARDI PAULI é advogada OAB/SC 16.031, colaboradora do Escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados.

É taxativo mesmo?

POR HUGO FILARDI



“O Judiciário deve mesmo esperar para enfrentar essas questões mesmo correndo o risco de praticar atos posteriormente verificados como desnecessários? Essa sistemática recursal não irá reavivar a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal?”

Seguramente um dos maiores retrocessos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a instauração de um sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias – aquelas que são proferidas no curso do processo e não encerram a relação processual – taxativo e restrito apenas às decisões enumeradas no art. 1015 do Código de Processo Civil.

Assim, somente seria possível impugnar mediante agravo de instrumento decisões interlocutórias que tratem dos seguintes temas: tutelas provisórias, mérito do processo, rejeição da alegação de convenção de arbitragem, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, exibição ou posse de documento ou coisa. E ainda exclusão de litisconsorte, rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, redistribuição do ônus da prova e na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

As demais questões resolvidas no curso do processo não impugnáveis por agravo de instrumento não estão sujeitas à preclusão imediata e deverão ser suscitadas em preliminar de apelação, tudo como disposto no artigo 1009 do Código de Processo Civil.

A intenção clara do legislador ordinário foi de diminuir o número de recursos interpostos e esvaziar o agravo de instrumento concentrando

a supremacia da revisão de decisões de 1º grau quando do julgamento de recursos de apelação. Já no sistema do Código de Processo Civil de 1973, toda e qualquer decisão interlocutória era passível de agravo – mediante formação de instrumento ou pela forma retida (modalidade recursal suprimida).

A grande controvérsia surge quando estamos diante de uma decisão interlocutória não contemplada no rol taxativo do artigo 1015 do Código de Processo Civil e que demande de uma revisão urgente pelo próprio Poder Judiciário.

Imaginemos a decretação de revelia ou indeferimento de prova tida como indispensável ao julgamento do caso. Pela sistemática atual, a marcha do processo deveria seguir e caso a apelação fosse acolhida por esses fundamentos preliminares, todos os atos praticados seriam nulos.

As perguntas são: o Judiciário deve mesmo esperar para enfrentar essas questões mesmo correndo o risco de praticar atos posteriormente verificados como desnecessários? Essa sistemática recursal não irá reavivar a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal?

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) respondeu aos questionamentos acima no dia 5 de dezembro de 2018 ao criar por 7 votos a 5 a teoria da taxatividade mitigada (Resp 1.696.396 e 1.704.520). Para o STJ, o rol do art. 1015 do Código de Processo Civil é taxativo, mas não é tão taxativo assim a ponto de vedar a interposição de Agravo de Instrumento diante de uma situação de urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

O voto vencedor da ministra relatora, Nancy Andrichi, afirmou que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Prosseguiu afirmando que “a tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo, a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do artigo”.

O precedente do STJ nos permite algumas afirmações: (i) o mandado de segurança não retorna à moda como um sucedâneo recursal; (ii) o agravo de instrumento, fora as hipóteses legalmente previstas no art. 1015 do Código de Processo Civil, pode ser conhecido mediante Juízo de admissibilidade discricionário da relatoria e (iii) o Poder Judiciário, ao seu modo, atua como uma espécie de legislador positivo sem mandato eletivo para tal e tenta corrigir um real equívoco do Código de Processo Civil.

Na linha do voto divergente da ministra Maria Thereza de Assis Moura, a taxatividade imposta pelo art. 1015 do Código de Processo Civil foi uma opção legislativa e não caberia ao STJ ampliar esse leque de opções. A única solução viável nesse aspecto para viabilizar a utilização do agravo de instrumento em situações tidas como de urgência seria uma alteração legislativa com a inclusão de mais essa hipótese, mesmo que genérica, no rol do art. 1015 do Código de Processo Civil. 📌



HUGO FILARDI é doutor e mestre em Direito pela PUC-SP, professor e sócio da área de contencioso cível do Siqueira Castro.

O que esperar do novo cadastro positivo de crédito

POR GUSTAVO MILARÉ E JOÃO PEDRO ALVES PINTO

No último dia 13 de março, o Senado aprovou o Projeto de Lei Complementar nº 54/2019, que altera as regras para a inclusão de consumidores no cadastro positivo de crédito. O texto foi encaminhado para sanção presidencial.

O cadastro positivo de crédito, que existe desde 2011 (Lei nº 12.414), é o banco de dados que contém informações sobre o histórico de crédito de consumidores (pessoas físicas e jurídicas) e estabelece um sistema de pontuação para aqueles que mantêm suas contas pagas em dia.

Seu objetivo é auxiliar o consumidor na obtenção de crédito junto às instituições financeiras e nas vendas parceladas, uma vez que o “bom pagador” terá melhores ofertas e taxas de juros menores.

Atualmente, esse cadastro é composto apenas por consumidores que solicitam a inclusão de suas informações no banco de dados. Porém, com a aprovação do referido projeto de lei, tais informações serão incluídas de forma compulsória, embora o consumidor deva ser comunicado e possa solicitar sua exclusão.

Modelo similar é adotado nos Estados Unidos, sendo que sua criação e prática fez dobrar o número de consumidores que passaram a ter acesso a financiamentos.

O exemplo norte-americano mostra que, pelo menos a princípio, tal projeto de lei deve ser visto com bons olhos, na medida em que deve servir como incentivos à oferta de crédito e ao pagamento de contas em dia (a Febraban, por exemplo, acredita que a medida poderá reduzir a inadimplência em até 45%), além de provavelmente trazer maior segurança às empresas e instituições financeiras em suas análises de crédito.

No entanto, apesar da expectativa ser de bons resultados e de o cadastro ter sido bem recepcionado pelo mercado, a experiência aconselha cautela. Será necessário aguardar os efeitos práticos das novas medidas e confirmar que a mudança seja realmente benéfica para os consumidores e para a economia brasileira. ✍



GUSTAVO MILARÉ é advogado, mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), sócio de Meirelles Milaré Advogados.



JOÃO PEDRO ALVES PINTO é advogado associado de Meirelles Milaré Advogados.

LANÇAMENTO

TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ **98**,00

778 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

zkeditora.com

 zakarewicz
editora

"Ainda é enorme o preconceito de quem se afasta do binarismo de gênero imposto de forma cruel e excludente por uma sociedade tão patriarcal e sexista. Daí o significado desta nova obra que amplia horizontes ao inserir uma gama enorme de temas, sob diversos olhares, de modo a inserir inúmeros jeitos de viver e de se ver."

Maria Berenice Dias