

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 358.

(ano VII)

(01/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



01/06/2015 » [Apontar nulidades é buscar ganho fácil, disse o juiz RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA](#)

ARTIGOS

01/06/2015 Afonso Tavares Dantas Neto

» [O Direito de Família e o chamado "poliamor"](#)

01/06/2015 Ana Claudia Manikowski Annes

» [Alterações relativas à prescrição no Direito Tributário a partir da entrada em vigor da Lei Complementar Nº 118/05](#)

01/06/2015 Mauricio Januzzi Santos

» [Criminal Compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo](#)

01/06/2015 Tayson Ribeiro Teles

» [Pichação e Grafiteagem no Direito Penal Brasileiro](#)

01/06/2015 Deivid Rodrigues dos Santos

» [Recurso de apelação no sistema processual penal brasileiro](#)

01/06/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [A Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial retorna ao debate: O reconhecimento do fandango Ticumbi como Patrimônio Cultural Capixaba](#)

APONTAR NULIDADES É BUSCAR GANHO FÁCIL, DISSE O JUIZ.

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal", publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Foi com um misto de surpresa e de indignação que li nota publicada no último dia 28 de maio, pelo blog *Interesse Público*, do jornalista Frederico Vasconcelos, da *Folha de S. Paulo*, declarações do Juiz Fausto de Sanctis, em que afirma ser buscar ganho fácil advogar apontando nulidades.

Segundo ele, parte dos advogados especializou-se em apontar nulidades “*porque não possuem condições de enfrentamento do mérito*”.

Alguns desses profissionais são até mesmo responsáveis por problemas encontrados na condução de processos, segundo o Magistrado.

Por coincidência esse Juiz conduziu processos ligados às chamadas (estes nomes são bem engraçados...) operações Castelo de Areia e Satiagraha, que acabaram anulados pelo Superior Tribunal de Justiça. No último dia 26 de maio, o Tribunal Regional Federal da 3ª. Região anulou a condenação de um ex-banqueiro, por fraudes ocorridas no Banco Santos. Neste caso, a 11ª. Turma entendeu que o Juiz cometeu irregularidades ao impedir que advogados questionassem corrêus durante os interrogatórios. Os autos voltaram à 6ª. Vara Criminal de São Paulo com o reinício da fase de interrogatórios, o que deve levar à prescrição de alguns crimes.

São suas palavras: *“Existe uma parte de profissionais que se especializaram em nulidades, quer porque não possuem condições de enfrentamento do mérito, quer porque a demora do processo gerada com as tais nulidades, provocada pelos próprios profissionais mencionados, facilita o trabalho e gera ganho fácil. Um descompromisso com a verdade e com o que estabelece a Constituição quanto à essencialidade de seus trabalhos, aí incluindo a da advocacia.”*

Segundo o site <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/advogar-apontando-nulidades-buscar-ganho-facil-sanctis>, o referido Juiz tem um histórico de erros processuais, a saber:

1) No caso do Banco Santos, ele teve atos censurados pelo Supremo Tribunal Federal quando decretou a prisão do banqueiro com base em uma troca de e-mails do acusado com seu advogado, de quatro

anos antes. Como o advogado estimulava o cliente a dar entrevistas, o Juiz concluiu que o empresário pretendia usar a imprensa para coagir o Judiciário (!?). A decisão acabou anulada pelo Supremo Tribunal Federal.

2) Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça [entendeu que ele havia desobedecido ordens do Supremo](#) quando atuava comandava a 6ª. Vara Federal Criminal de São Paulo, como ter deixado de soltar um outro banqueiro.

3) No mesmo caso do Banco Santos, o Tribunal Regional Federal da 3ª. Região anulou a sentença por avaliar que o juiz cometeu irregularidades no processo ao impedir que advogados interrogassem os corréus durante os interrogatórios.

4) No caso da suspeita de irregularidades nas transações do escritório de representação do Banco Credit Suisse em São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça [anulou todas as escutas telefônicas](#), porque se basearam apenas em denúncias anônimas.

5) Na acusação de lavagem de dinheiro envolvendo o MSI, fundo de investimento de origem britânica que fez um acordo de parceria com o Corinthians, o Supremo Tribunal Federal [anulou ação penal](#) contra um bilionário russo e mandou que interrogatórios fossem refeitos, pois advogados de corréus não puderam fazer perguntas. Os réus [acabaram absolvidos](#), por falta de provas.

6) Na conhecida Satiagraha, a Polícia Federal apontou um suposto esquema de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo o Grupo Opportunity. O [Superior Tribunal de Justiça anulou a condenação](#) do acusado e todos os procedimentos da operação, porque o Delegado de

Polícia Federal responsável pelas investigações, hoje Deputado Federal, inclusive, teve ajuda informal de agentes “emprestados” da Agência Brasileira de Inteligência e de investigadores particulares. Além disso, uma suposta tentativa de suborno foi gravada por uma equipe da Rede Globo, e a fita usada como prova era editada.

7) Por fim (e por enquanto...) na chamada operação Castelo de Areia, onde eram apurados supostos crimes financeiros e desvio de verbas públicas que envolveriam partidos e empreiteiras, o Superior Tribunal de Justiça anulou o processo entendendo que as provas tinham como origem grampos da Polícia Federal, que por sua vez se basearam em denúncia anônima. Em 2015, o [Supremo Tribunal Federal negou pedido do Ministério Público Federal](#) para ressuscitar o caso.

O que parece esquecer este Magistrado, e tantos outros, é que a formalidade inserta em uma norma processual penal não pode ser desconsiderada em nenhuma hipótese. Não se trata de mero formalismo, mas de uma exigência legal e constitucional de cumprimento obrigatório, até como uma garantia para o acusado.

Já tenho dito em outras oportunidades e em pareceres exarados como Procurador de Justiça, que o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado.

Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser *“algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.”*^[1] Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o *“devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.”*^[2]

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia^[3]. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover, *“o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O*

processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.” [4]

Aliás, sobre o procedimento em matéria processual penal e bem a propósito, ensina Antonio Scarance Fernandes que *“a incorporação, nos ordenamentos, de modelos alternativos aos procedimentos comuns ou ordinários gera para as partes o direito a que, presentes os requisitos legais, sejam obrigatoriamente seguidos. (...) Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento.”* [5]

Ademais, *“o procedimento pode ser visto como as regras de um jogo, que devem ser obedecidas para que seja legítima a competição. O cumprimento dos atos e fases procedimentais se impõe tanto ao Juiz quanto às partes e a todos os sujeitos que participarem do processo, isso porque o procedimento é integral. Além disso, prevendo a lei um procedimento específico para determinada relação de Direito Material controvertida, não cabe ao Juiz dispensá-la, impondo-se sua observância, em respeito ao devido processo legal. Justifica-se isso em virtude de os atos previstos na cadeia procedimental serem adequados à tutela de determinadas situações, daí serem imprescindíveis, ou seja, o procedimento ostenta uma tipicidade.”* [6]

Como afirma Gilberto Thums, no Estado Democrático de Direito *“o rito processual deve representar uma garantia ao acusado de que terá a seu dispor todos os instrumentos de defesa e que não serão violados os*

*seus direitos fundamentais assegurados na Constituição e nas leis, retratados no princípio do **due process of law**.” Neste sentido, conclui o autor que “o rito desempenha um papel importante, tanto para o réu quanto para o jurisdicionado.”^[7]*

No julgamento do Habeas Corpus nº. 93387, onde foi concedida a ordem a um condenado por tráfico de drogas, afirmou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal que *“é sempre importante enfatizar, presente esse contexto, que a estrita observância da forma processual representa garantia plena de liberdade.”*

A propósito, vejamos a lição de Marcus Vinícius Pimenta Lopes:

“Garantia, etimologicamente, está ligada à ideia de uma posição de segurança, que vai contra a incerteza e a fragilidade. (...) Assim, garantia é uma ideia de contenção do poder. Visto o sentido de garantia – como contenção – poderemos iniciar uma associação mais clara da forma como garantia. Antes, porém, deve-se entender como a forma limita. Qualquer enunciado é uma limitação do discurso. Quando se diz, por exemplo, que ‘o céu é azul’, se diz – ao mesmo tempo e necessariamente – que ‘o céu não é vermelho ou verde’. Ao se delimitar uma asserção se nega tudo o que dela difere. É por essa razão que disse o gênio Karl Popper (2007, p. 72) que as teorias ‘(...) não asseveram que algo exista ou ocorra; negam-no. Insistem na não-existência de certas coisas ou estados de coisas, proscrevendo ou proibindo, por assim dizer, essas coisas ou estados de coisas; afastam-nos’. Aplicando-se tal conceito ao Direito Democrático, temos, por exemplo, que se um sistema deve ser acusatório, logo ele não deve ser inquisitivo; e, se existe determinado

procedimento para a formação de um provimento final, logo, qualquer ato que difere dos enunciados normativos previstos para tal procedimento se apresenta como ilegal – pois fora da formulação autorizada pela lei democrática.

Dessa maneira, a fórmula limita; pois ao prescrever um comportamento, impede que seja feito qualquer outro. E quanto às eventuais críticas ao formalismo, fazemos nossa a lição de Chiovenda (1969, p. 4): 'Entre leigos abundam censuras às formas judiciais, sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo tanto ou mais que em qualquer outra relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza'. A forma jurídica ao limitar o poder e proporcionar a segurança é, assim, garantia. (...)”[8]

É evidentemente um despautério justificar erros praticados a "manobras" dos advogados. Além de mais fácil, obviamente. Cabe ao Juiz preservar e atentar para a obediência absoluta às regras do jogo, demarcadas pelas leis e pela Constituição. Se não o fizer, erra e o erro deve ser sancionado com a pena mais grave: a anulação dos atos processuais eivados. Goste-se ou não, é do jogo democrático e constitucional. É preciso aprender com as lições.

Por fim, e na verdade, como dizem Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, "*a discussão situa-se no marco da legalidade, de ter*

regras claras do jogo. Em democracia, todo poder precisa ser condicionado e demarcado. Forma é garantia. Há uma salutar desconfiança e patrulhamento dos excessos e questionamento da legitimidade. A informalidade só interessa ao discurso autoritário."^[9]

NOTAS:

[1] Direito, Poder, Justiça e Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

[2] Idem, p. 69.

[3] Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, "(...) *a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto.*" (Dicionário de Política, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).

[4] Liberdades Públicas e Processo Penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

[5] Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 67/69.

[6] Luciana Russo, "Devido processo legal e direito ao procedimento adequado", artigo publicado no jornal "[O Estado do Paraná](#)", na edição do dia 26 de agosto de 2007.

[7] Sistemas Processuais Penais, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 181.

[8] *A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal.* http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5224-A-forma-como-garantia-contr-a-pulsão-vingativa-do-sistema-penal. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

[9] <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/limite-penal-poder-investigacao-mp-cria-problemas-resolve>

O DIREITO DE FAMÍLIA E O CHAMADO "POLIAMOR"

AFONSO TAVARES DANTAS NETO: Promotor de Justiça de Família e Sucessões (Juazeiro do Norte-CE).

A percepção geral e dominante é que o Direito constitui algo tão antigo quanto a sociedade humana.

O brocardo latino **“ubi societas, ibi jus”** traduz uma verdade quase universal, ou seja, onde existe sociedade, existe Direito.

O insuperável jurista Miguel Reale enunciou o Direito da seguinte forma, *verbatim*:

“Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações e convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores” (*LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO*. 27ª edição, 11ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67).

O Direito, como ciência, estuda as normas de conduta. O mestre Miguel Reale desenvolveu a teoria tridimensional do Direito, segundo o qual o Direito pode ser observado a partir de três aspectos básicos: **a)** um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); **b)** um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e **c)** um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça) (obra citada, pp. 64-65).

Acerca do Direito de Família, o civilista Sílvio de Salvo Venosa (*DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA* – 3ª edição – São Paulo:

Atlas, 2003. Coleção direito civil; v. 6. p. 23) afirma que Clóvis Beviláqua definiu de forma perene, *verbo ad verbum*:

“Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela”.

Os festejados professores Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (*CURSO DE DIREITO CIVIL, 2: DIREITO DE FAMÍLIA*. 42ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 16-17) acrescentam uma observação muito pertinente, *ipsis litteris*:

“Nessa definição, apropriada à época de sua formulação, não era referidas as outras espécies de família: a união estável e a comunidade formada pelo pai ou mãe e seus descendentes, que atualmente são reconhecidas pelas Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 226, §§ 3º e 4º”.

Não é preciso maior esforço intelectual para perceber todo esforço de conceituar o Direito de Família está subordinado à compreensão do alcance e do sentido da palavra família.

A família monogâmica é o modelo adotado pela nossa civilização ocidental. Querer destruir a monogamia e pretender elevar ao

status de união estável ou casamento as uniões poligâmicas é querer destruir o alicerce da sociedade brasileira, a família. A família é a base do Estado, merecendo proteção estatal e da sociedade civil.

O excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu, *ipsis verbis*:

“COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO.

Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina” (STF – RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38 RMP n. 42, 2011, p. 213-219)

O que o chamado “poliamor” quer implantar, sugerindo o reconhecimento de uniões poligâmicas como união estável ou até casamento grupal, na verdade não tem nada de moderno, inovador ou contemporâneo.

O “poliamor” consiste pura e simplesmente no absurdo sob a roupagem do tratamento científico. O neologismo “poliamor” representa flagrante retrocesso, nada mais.

O chamado “poliamor”, ao defender e pregar o ativismo poligâmico não representa nenhum avanço ou progresso para nossa sociedade e muito menos para a família brasileira.

A poligamia defendida pelo “poliamor” é na verdade uma prática superada do período pré-histórico anterior à nossa atual civilização, nos longínquos tempos tribais, da idade da pedra. É claro que falo da nossa civilização ocidental, pois somos brasileiros e portanto pertencemos à civilização atlântica.

A esmagadora maioria dos brasileiros, independentemente do credo (católico, batista, protestante, franciscano, jesuíta, etc.) é de pessoas cristãs, pois somos provenientes de um país cristão, Portugal, e toda a Europa, assim como as Américas (do Norte, Central e do Sul), são integrantes da civilização ocidental atlântica cristã.

No mundo ocidental o ateísmo é uma minoria.

Atualmente, a poligamia ainda existe apenas em tribos africanas afastadas do contato direto com a civilização e em algumas ilhas do pacífico.

Também são minorias as seitas poligâmicas de inspiração nos Califas do Islamismo poligâmico. Parafraseando o jornalista José Nêumanne Pinto, se com um pai e uma mãe a convivência em família já tem seus desafios, imaginem como seria ter, por exemplo, três pais e quatro mães. E não se pode esquecer das conseqüências desastrosas que a institucionalização da poligamia iria trazer para o nosso direito sucessório, se é que ainda iria sobrar algo para se chamar de Direito Sucessório após o reconhecimento oficial da poligamia sob o sugestivo apelido de “poliamor”.

Ninguém nega a existência do chamado “afeto”, estudado em profundidade desde Freud e depois por Carl Jung. Mas hoje o afeto é assunto de outra área do conhecimento, a Psicologia. Não é possível misturar grandezas imiscíveis.

Assim sendo, o afeto é apenas o elemento básico da afetividade, entendida esta como o **“conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza”** (*NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO – 4ª edição, conforme a nova ortografia – verbete “afetividade”*).

Só para não deixar o assunto cair no esquecimento, é indispensável reforçar que o modo de vida da nossa civilização contemporânea e ocidental é a família monogâmica e não a poligamia dos tempos tribais pré-históricos. Poligamia, ao contrário do que defendem os teóricos do chamado “poliamor” não é progresso, mas sim

retrocesso manifesto. É pretender regredir aos tempos tribais da Idade da Pedra.

A missão do operador do Direito de Família é defender a sua proteção e não sua destruição através da institucionalização da poligamia.

Desconhecer que pertencemos a uma civilização cristã é desconhecer a nossa própria origem.

Como operadores do Direito, não devemos nos deixar seduzir pelos sofismas e pseudo-teorias como o “poliamor”.

É preciso estarmos alertas para evitarmos a incursão de aventureiros com suas pseudo-teorias na seara do Direito de Família.

Bastante exato e acertado é o artigo “*Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ*”, de autoria da prestigiada civilista Regina Beatriz Tavares da Silva, disponível no Portal do “Site” de internet “Consultor Jurídico”, cujo endereço eletrônico é <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj> e foi acessado em 27 de abril de 2015. Remetemos o leitor ao referido artigo citado.

É digno de menção o lapidar julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito, que ressalta a importância da monogamia, textualmente:

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA.

ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim

de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. **Recurso especial desprovido**” (STJ – REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014)

Por último, mas não menos importante, existe um obstáculo intransponível para o reconhecimento da poligamia (“poliamor”): é que a República Federativa do Brasil, através da Constituição Federal de 1988, confere especial proteção à família, *verbo ad verbum*:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos

educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de institui es oficiais ou privadas.

  8  O Estado assegurar  a assistência   família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas rela es”.

Não por acaso, a Constitui o Federal de 1988, no seu artigo 226,   7 , prevê que **“o planejamento familiar   livre decisão do casal”**. Ora, a boa hermen tica orienta que a Lei não traz palavras inúteis, e mormente em se tratando da Lei Maior do nosso País, a própria Constitui o Federal, fica evidente que a família acolhida pela Constitui o   a monogâmica, pois a Carta Magna fala em “casal”!

Mesmo que tais considera es não fossem suficientes, ainda existe um grande e relevante aspecto a ser considerado, que   o crime de bigamia, previsto no Código Penal e em pleno vigor. Vale a pena ver o que dispõe o Código Penal, *verbatim*:

“Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

  1  - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância,   punido com reclusão ou deten o, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

Não bastasse a literal disposição do art. 235 do Código Penal (acima transcrito), importa recordar que tal dispositivo penal está situado sob a rubrica de “Bigamia”. Ora, não é necessário maior esforço de exegese para concluir que num ordenamento jurídico onde a bigamia é criminalizada, o que é feito como forma de defender a monogamia, é forçoso concluir que qualquer tentativa de forçar o reconhecimento de uma união poligâmica é algo no mínimo absurdo e ilegal.

Após as exposições de argumentos acima, bem como diante dos julgados citados, oriundos das mais altas Cortes deste País, não resta outra alternativa a não ser concluir que o badalado “poliamor”, a pretexto de inovar no ordenamento jurídico pátrio, constitui um retrocesso, ou seja, um atraso, um verdadeiro retorno aos tempos da poligamia pré-histórica. A família monogâmica constitui portanto o ponto culminante da evolução do Direito (como ciência) e da sociedade humana (como civilização).

ALTERAÇÕES RELATIVAS À PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05

ANA CLAUDIA MANIKOWSKI ANNES: Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeira Instância; graduada pela Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava; pós-graduada em Direito Constitucional pela UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA; pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: Este trabalho pretende traçar, sinteticamente, noções gerais sobre decadência e prescrição no direito tributário, bem como destacar as mudanças ocorridas nos prazos prescricionais e decadenciais presentes na legislação tributária trazidas com a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, sobretudo quanto à interrupção do prazo prescricional para cobrança de tributo e quanto ao prazo decadencial para repetição do indébito tributário. Com isso, pretende-se realizar um breve estudo sobre os debates jurisprudenciais que vieram à tona depois da entrada em vigor dessa lei.

Palavras-chave: Direito tributário. Noções sobre prescrição e decadência. Prazos de Prescrição e Decadência. Lei Complementar 118/05. Interrupção do Prazo Prescricional. Repetição do Indébito Tributário. Alterações legislativas. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Dentre outras modificações, a Lei Complementar nº 118, promulgada em e publicada no Diário Oficial da União de 09 de fevereiro de 2005, alterou o conceito de extinção do crédito tributário para fins da contagem do prazo de que trata o art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Isso provocou alteração substancial no prazo decadencial para repetição do indébito tributário. Outrora pacificada no Superior Tribunal de Justiça a tese dos “cinco mais cinco”, que conferia ao contribuinte o lapso de dez anos para reaver do Fisco o tributo que havia recolhido indevidamente, esse entendimento teve de ser revisto, e o sujeito passivo, agora, dispõe de apenas cinco anos para repetir eventual indébito tributário.

Além disso, antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, a citação do devedor nos autos de Execução Fiscal ajuizados pela Fazenda Pública era causa de interrupção da prescrição, conforme o contido no art. 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional. Entretanto, a nova lei dispôs que o prazo prescricional para cobrança do crédito tributário seria interrompido com o despacho do juiz determinando a citação, o que sem dúvida gerou um tratamento desfavorável ao contribuinte executado.

Estas inovações trazidas com a Lei Complementar causaram grande discussão nos tribunais, sobretudo na esfera federal, cuja abordagem será mais aprofundada neste trabalho.

Logo nos primeiros dias em que a LC 118/05 entrou em vigor, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a se pronunciar sobre a interpretação que deveria ser dada à novel legislação.

Hoje, essas questões restam pacificadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, tal como se verá ao longo deste breve estudo.

1 NOÇÕES SOBRE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

No direito tributário, a decadência deve ser entendida como o prazo que a autoridade fiscal dispõe para constituir o crédito tributário.

O prazo decadencial está previsto no art. 173, I, Código Tributário Nacional do seguinte modo:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Tal prazo aplica-se aos casos em que administração procede ao lançamento de ofício do tributo, ou ao lançamento por declaração. Nos casos de lançamento por homologação efetuados de forma correta pelo sujeito passivo da obrigação tributária, não há que se falar em decadência, como se verá adiante.

Conforme artigo acima citado, o prazo de decadência é de 5 (cinco) anos, contados do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em outras palavras, a administração, a partir do momento em que o tributo é devido, tem a possibilidade de verificar a mora do contribuinte, e, dessa forma, efetuar o lançamento.

O lançamento é ato vinculado e obrigatório da autoridade fiscal, conforme art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional. Portanto, deve ser praticado independentemente de ajuizamento de ação, concessão de antecipação de tutela ou outros meios de suspensão do crédito tributário. O lançamento, nesses casos, é hábil justamente para prevenir a ocorrência de decadência do crédito tributário. Nesse sentido é o art. 63 da Lei nº 9.430/96:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

Também a jurisprudência pátria espousa esse entendimento:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. SENTENÇA JUDICIAL QUE RECONHECE O DIREITO DE RECOLHIMENTO DO PIS DE MODO DIFERENCIADO. POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PELA FAZENDA NACIONAL. LANÇAMENTO. PRAZO DECADENCIAL.

1. Caso em que o contribuinte impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal para anular autos de infrações ao argumento de que obteve o direito de recolher os valores relativos ao Pis conforme previsto no artigo 3º, § 2º, da Lei Complementar n.

7/70, em relação aos períodos de 1º/1/1996 a 5/6/1996, e na forma da Emenda Constitucional n. 10/96, para os fatos geradores posteriores, em razão de sentença relativa a outro Mandado de Segurança, que tramitou naquele mesma Vara Federal. Nada obstante, o Delegado da Receita Federal lavrou auto de infração em relação a esses valores.

2. O contribuinte obteve a concessão de segurança para autorizar o recolhimento de forma diferenciada, não abrangendo a vedação da Fazenda em efetuar o lançamento.

3. A controvérsia do recurso especial cinge-se à possibilidade da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, enquanto pendente ação judicial. Na espécie, o mandado de segurança questiona valores indevidamente recolhidos a maior a título do Pis.

4. As causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas no artigo 151 do Código tributário Nacional, não afastam o dever da Fazenda

Pública em proceder o lançamento com o desiderato de evitar a decadência, cuja contagem não se sujeita às causas suspensivas ou interruptivas. Precedentes: EREsp 572.603/PR, Rel.

Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 8/6/2005, DJ 5/9/2005; REsp 736.040/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 15/5/2007, DJ 11/6/2007; AgRg no REsp 1.058.581/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 27/05/2009.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1183538/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 24/08/2010)

Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte é quem calcula e recolhe o tributo devido, independentemente de qualquer atividade prévia do Fisco.

Nesse caso, diz-se que o próprio sujeito passivo da obrigação tributária efetua o lançamento, que fica sujeito a posterior verificação e homologação da autoridade fiscal. *Salvo os casos em que o contribuinte, sem interferência do Estado, ele próprio, recolhe o tributo, o direito de crédito da Fazenda Pública, para aperfeiçoar-se e tornar-se exigível, depende do ato jurídico do lançamento.* [\[1\]](#)

Aplica-se a essa sistemática de constituição do crédito tributário o disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 2.124/84, que dispõe:

Art. 5º O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

§ 2º Não pago no prazo estabelecido pela legislação o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de vinte por cento e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em dívida ativa, para efeito de cobrança executiva, observado o disposto no § 2º do artigo 7º do Decreto-lei n.º 2.065, de 26 de outubro de 1983.

Quando o contribuinte efetua corretamente a declaração e realiza o pagamento do tributo devido na época própria, não corre o prazo decadencial, porque o lançamento é efetuado por meio da declaração do sujeito passivo. O Fisco tem 5 (cinco) anos para homologar ou não o pagamento, nos termos do art. 150 § 4º do CTN.

Tem-se início, por outro lado, o prazo prescricional, porque a autoridade fiscal pode cobrar desde logo o tributo declarado e, eventualmente, não recolhido. Conforme dispõe o art. 174, *caput*, do Código Tributário Nacional, *a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.*

Havendo declaração a menor pelo contribuinte, o Fisco poderá lançar de ofício o remanescente do tributo apurado em substituição à homologação e, nessa hipótese, o lançamento deve observar o prazo de 5 (cinco) anos constante do artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido a doutrina e a jurisprudência (com grifos acrescidos):

Nessa modalidade de lançamento, o sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo sem o prévio exame do fisco. No momento em que a autoridade administrativa toma conhecimento da atividade exercitada pelo sujeito passivo e a homologa, opera-se simultaneamente a constituição do crédito tributário e sua extinção (§ 1º do art. 150). Não homologado o pagamento antecipado, abre-se oportunidade para lançamento de ofício para haver a eventual diferença.

(...)

Nos tributos de lançamentos por homologação, o prazo decadencial de cinco anos conta-se a partir

da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (§ 4º do art. 150 do CTN). Decisões judiciais que consideram o prazo de dez anos para a consumação do prazo decadencial, somando o prazo do § 4º do art. 150 do CTN com aquele referido no inciso I do art. 173, inova a legislação, negando vigência ao citado § 4º que, com solar clareza, indicou como marco inicial do prazo quinquenal extintivo a data da ocorrência do fato gerador. Não homologados, nesse prazo, os atos praticados pelo contribuinte, ou, se homologados em parte, cabe ao fisco promover o lançamento direto, total ou parcialmente, conforme o caso, porém, sempre dentro desse mesmo prazo de cinco anos.[\[2\]](#)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO (EXACIONAL). EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QÜINQÜENAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

2. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário.

3. Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de constituir o crédito tributário, a prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, a saber: (a) regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização

praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); (b) regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; (c) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário ex officio; (d) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e (e) regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco decorrente de causas interruptivas do prazo prescricional (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 224/252).

4. Consoante cediço, as aludidas regras prescricionais revelam prazo quinquenal com dies a quo diversos.

5. Assim, conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo

prescricional (Precedentes da Primeira Seção: Resp. 850.423/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ. 07.02.2008).

6. Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN).

(...)

12. Agravo regimental desprovido.

(STJ; AgRg no REsp 981130 / PR; Relator(a) Ministro LUIZ FUX; Órgão Julgador **T1 - PRIMEIRA TURMA**; Data do Julgamento 20/08/2009; DJe 16/09/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO ENTREGUE PELO CONTRIBUINTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. **A constituição do crédito a que se refere o art. 174 do CTN ocorre com o transcurso do prazo para pagamento espontâneo da dívida**, após o contribuinte receber a notificação do lançamento (modalidade de ofício) ou **depois de efetuar a**

entrega da declaração referente àquele crédito (modalidade por homologação).

2. Como no caso dos autos se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado, e não pago pelo contribuinte, **o prazo prescricional tem início a partir da data em que tenha sido realizada a entrega da declaração do tributo e escoado o prazo para pagamento espontâneo. Para identificar-se o marco inicial da prescrição, conjugam-se a constituição do crédito pela entrega da declaração e o surgimento da pretensão com o não pagamento da dívida no prazo estipulado administrativamente.**

3. O entendimento do acórdão recorrido – de que o prazo prescricional de cinco anos para a ação de cobrança do crédito tributário (artigo 174, do CTN) inicia a partir da data de entrega da declaração pelo contribuinte – encontra-se em consonância com o do Superior Tribunal de Justiça – STJ. A propósito, AgRg no Ag 1056045/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 25/05/2009.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg no REsp 1117030 / PR; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; Órgão Julgador; T2 -

SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 10/11/2009;
DJe 20/11/2009)

Importante frisar que esse entendimento restou consolidado com a edição, em 2010, da Súmula nº 436 do Superior Tribunal de Justiça com o seguinte teor:

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

(Súmula 436, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)

Outrossim, as hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário estão previstas no art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional:

Art. 174. (...)

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

O contido no inciso I acima transcrito constitui o ponto central deste trabalho, motivo pelo qual será analisado em capítulo próprio.

O protesto judicial é ação cautelar prevista no Código de Processo Civil, destinada a *prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal* (art. 867 do CPC).

Segundo Leandro Paulsen^[3], *tendo em conta a previsão deste inciso II do art. 174 do CTN, tem-se que deverá ser admitido o protesto judicial, reconhecendo-se legítimo interesse ao Fisco para tanto.*

O inciso III do art. 174 do CTN será analisado no capítulo INTERRUPÇÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO.

A interrupção da prescrição por força do inciso IV do parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional tem como principal exemplo a inclusão da dívida decorrente de crédito tributário em parcelamento.

Isso porque o pedido de parcelamento do crédito tributário é obrigatoriamente acompanhado da confissão de dívida pelo contribuinte. Segundo o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a confissão da dívida é considerada *ato inequívoco [...] que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.*

O prazo prescricional reinicia, por inteiro – por se tratar de hipótese de interrupção – a partir do momento em que o sujeito passivo é excluído do parcelamento, porque o crédito tributário deixa de estar suspenso por força do contido no art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, que dispõe que o parcelamento suspende a exigibilidade do

crédito tributário. Respaldam esse entendimento os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS. ART. 398 DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE ADVERSA. PREJUÍZO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO.

QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. ENUNCIADO SUMULAR 282/STF. PREMISSA FÁTICO-PROBATÓRIA FIXADA PELA CORTE DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

PRAZO PRESCRICIONAL. PARCELAMENTO. INTERRUPTÃO. REINÍCIO.

DESCUMPRIMENTO DO ACORDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há falar em ofensa ao art. 398 do CPC, quando, a despeito de a parte não ter sido intimada para se pronunciar sobre documento juntado aos autos, não se verifica prejuízo concreto a ela. Com efeito, a declaração de nulidade de atos processuais depende da demonstração do efetivo

prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, o que não ocorreu, na hipótese.

II. Esta Corte já apontou que a inobservância do art. 398 do CPC não acarreta nulidade, quando os documentos juntados aos autos são conhecidos pelo autor e pelo réu, como ocorre, no caso dos autos.

Precedente.

III. Para que se configure o prequestionamento, não basta que a parte recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e sobre a tese recursal a eles vinculada. No caso dos autos, o acórdão recorrido não teceu considerações acerca da tese invocada pelo recorrente de que o prazo prescricional, para cobrança de crédito tributário incluído em parcelamento, recomençaria a fluir, nos casos de inadimplemento, "a partir do momento em que houve a rescisão/descumprimento da lei que prevê o parcelamento, e não do ato de declaração por parte do ente público". Incide, portanto, na hipótese, o disposto no Enunciado sumular 356/STF.

IV. O entendimento jurisprudencial do STJ orienta-se no sentido de que mesmo as matérias de

ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas, para ensejar o pronunciamento desta Corte, em sede de Recurso Especial. Precedentes.

V. Com base nos elementos de provas constantes dos autos, o Tribunal de origem concluiu não ter ocorrido a prescrição do crédito tributário. Incide, portanto, na espécie, o óbice do Enunciado 7 da Súmula desta Corte.

VI. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o "prazo da prescrição, interrompido pela confissão e pedido de parcelamento, recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado, momento em que se configura a lesão ao direito subjetivo do Fisco, dando azo à propositura do executivo fiscal" (STJ, AgRg no REsp 1.167.126/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma).

VII. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1468778/PE, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

O Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário que tem por objetivo constitucional uniformizar a interpretação da legislação federal (art. 105, III, a, b, c, CF), explicou detalhadamente como se dá a

interrupção do prazo prescricional em caso de parcelamento do crédito tributário no precedente a seguir transcrito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO (EXACIONAL). EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. ICMS. TRIBUTO DECLARADO, MAS NÃO PAGO. PEDIDO DE PARCELAMENTO. CAUSA INTERRUPTIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL (ARTIGO 174, PARÁGRAFO ÚNICO). EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ARTIGO 156, V, DO CTN).

1. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

2. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário.

3. Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de constituir o crédito tributário, a prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, a saber: (a) regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); (b) regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; (c) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário ex officio; (d) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e (e) regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco decorrente de causas interruptivas do prazo prescricional (In: Decadência e Prescrição no Direito

Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 224/252).

4. Consoante cediço, as aludidas regras prescricionais revelam prazo quinquenal com dies a quo diversos.

5. Assim, conta-se da data da entrega do documento de formalização do crédito tributário pelo próprio contribuinte (DCTF, GIA, etc) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl no AgRg no REsp 859597/PE, Primeira Turma, publicado no DJ de 01.02.2007; REsp 567737/SP, Segunda Turma, publicado no DJ de 04.12.2006; REsp 851410/RS, Segunda Turma, publicado no DJ de 28.09.2006; e REsp 500191/SP, desta relatoria, Primeira Turma, publicado no DJ de 23.06.2003).

6. Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da

exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN).

7. Entrementes, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo ex vi do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o dies a quo da regra da prescrição desloca-se para a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade. Sob esse enfoque, a doutrina atenta que nos "casos em que a suspensão da exigibilidade ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento". Assim, "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade"

(Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., págs. 219/220).

8. Considere-se, por fim, a data em que suceder qualquer uma das causas interruptivas (ou de reinício) da contagem do prazo prescricional, taxativamente elencadas no parágrafo único, do artigo 174, a qual "servirá como dies a quo do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., pág. 227).

9. In casu: (a) cuida-se de crédito tributário oriundo de saldo remanescente de ICMS (tributo sujeito a lançamento por homologação) relativo aos exercícios de setembro a dezembro de 1989 e de janeiro a fevereiro de 1990; (b) o dever instrumental de entrega da Guia de Informação e Apuração - GIA restou adimplido pelo contribuinte, não tendo sido explicitada a data da entrega pela instância ordinária; (c) a empresa não efetuou o pagamento antecipado da exação; (d) posteriormente, em 30.05.1990, o contribuinte apresentou confissão do débito tributário acompanhada de pedido de parcelamento; (e) deferido o pedido de parcelamento, o sujeito passivo descumpriu o acordo, ao efetuar o

pagamento apenas da primeira parcela em 30.10.1990; e (f) a propositura da execução fiscal se deu em 10.7.1997.

10. A regra prescricional aplicável ao caso concreto é a que alude ao reinício da contagem do prazo, ante a ocorrência de causa interruptiva prevista no parágrafo único do artigo 174, do Digesto Tributário, in casu, o pedido de parcelamento formulado em 30.05.1990, que pressupõe a confissão da dívida, ato inequívoco que importa em reconhecimento do débito pelo devedor. Contudo, o prazo da prescrição interrompido pela confissão e pedido de parcelamento recomeça a fluir no dia que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado (Súmula 248/TFR), momento em que se configura a lesão ao direito subjetivo do Fisco, dando azo à propositura do executivo fiscal.

11. Desta sorte, dado que o reinício do prazo prescricional se deu em 30.10.1990 e a execução fiscal restou intentada em 10.07.1997, dessume-se a extinção do crédito tributário em tela, ante o decurso in albis do prazo prescricional quinquenal para cobrança judicial pelo Fisco.

12. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ; RESP 802063/SP;  rg o Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data da decisão: 21/08/2007; DJ 27/09/2007, p. 227; Relator(a) LUIZ FUX; Decisão por unanimidade)

Frise-se que esse entendimento já encontrava amparo no extinto Tribunal Federal de Recursos, que editou a Súmula n  248, entendendo que *o prazo da prescri o interrompido pela confissão e parcelamento da d vida fiscal recomeça a fluir no dia que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado*.

Causa debates, ainda, o parcelamento da d vida tributária após a ocorrência da prescri o. A jurisprudência possui precedentes acatando a renúncia da prescri o no direito tributário, bem como rejeitando essa tese.

O instituto da renúncia da prescri o está previsto no art. 191 do Código Civil, que prescreve:

Art. 191. A renúncia da prescri o pode ser expressa ou tácita, e s  valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescri o se consumir; tácita   a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescri o.

Aqueles que sustentam a tese da renúncia   prescri o, afirmam que a prescri o não   matéria de ordem pública e o contribuinte, ao efetuar o parcelamento e conseqüente confissão de d vida, praticou ato que conduz ao seu reconhecimento sobre a validade do débito tributário confessado. Esse entendimento chegou a ser

seguido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, conforme se infere dos seguintes precedentes:

EXECUÇÃO FISCAL - PARCELAMENTO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO - INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1 - Como parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário, não tendo a relação processual se aperfeiçoado, eis que não houve citação, é de julgar extinta a execução em face da inexigibilidade do título.

2 - Hipótese de renúncia à prescrição, nos precisos termos do art. 191 do vigente Código Civil.

(TRF da Quarta Região, Segunda Turma; AC 199672050012692/SC; Data da decisão: 24/07/2007; D.E. 08/08/2007; Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, decisão unânime)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. CONCORDATÁRIA PREVENTIVA COM FALÊNCIA DECRETADA NO CURSO DA LIDE. MULTA FISCAL E JUROS MORATÓRIOS. AFASTAMENTO.

1. A confissão de dívida e o parcelamento do débito configuram hipótese de renúncia à prescrição.

2. A decadência, por ser matéria de ordem pública, pode ser reconhecida pelo órgão judicante em qualquer grau de jurisdição.

3. Tendo a falência da concordatária sido decretada no curso da lide, aplicável o disposto no inciso II do art. 23 da Lei nº 7.661/45, bem como o teor das Sumulas nºs 192 e 565 do STF, com o conseqüente afastamento dos juros e da multa moratória fiscal.

4. Apelação da impetrante parcialmente provida para reconhecer a decadência dos créditos tributários cujos fatos geradores são anteriores a 01/1998, e remessa oficial e apelação do INSS improvidas.

(TRF da Quarta Região, Primeira Turma; AMS 200370010174907/PR; Data da decisão: 26/07/2006, DJU 23/08/2006, p. 979; Relator Artur César de Souza, decisão por unanimidade)

Porém, corrente oposta entende que não há hipótese de renúncia à prescrição no direito tributário, porque a prescrição extingue o crédito tributário, consoante art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, que prevê que a prescrição e a decadência extinguem o crédito tributário.

Uma vez extinto o crédito tributário, não poderia ser novamente reativado, não permanecendo a obrigação natural de efetuar o pagamento do crédito tributário, tal como ocorre no direito civil.

Penso que essa é a tese mais acertada, pois não se pode olvidar que o direito tributário é ramo do direito público que possui

normas específicas previstas no Código Tributário Nacional. E a renúncia à prescrição é dispositivo legal previsto no Código Civil, ramo do direito privado. Por isso, tenho que o previsto no art. 156, V, do CTN, por ser norma especial de prescrição deve prevalecer em relação à regra geral de renúncia da prescrição disposta no art. 191 do CC. Caso se admitisse renúncia à prescrição no direito tributário, essa deveria estar expressa no Código Tributário Nacional. É o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça (grifos acrescentados):

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

ISSQN. CRÉDITOS PRESCRITOS. PARCELAMENTO. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO.

INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. INOVAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O parcelamento do débito tributário após o transcurso do prazo prescricional não implica renúncia da prescrição, conforme a jurisprudência firmada no STJ.

2. A tese de que não operada a decadência para efetuar o lançamento não foi oportunamente suscitada nas razões de recurso especial, o que revela indevida inovação recursal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1191336/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO.

CRÉDITO PRESCRITO. PARCELAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPLICA RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO.

1. Não obstante o fato de que a confissão espontânea de dívida seguida do pedido de parcelamento representa um ato inequívoco de reconhecimento do débito, interrompendo, assim, o curso da prescrição tributária, nos termos do art. 174, IV, do CTN, tal interrupção somente ocorrerá se o lapso prescricional estiver em curso por ocasião do reconhecimento da dívida, não havendo que se falar em renascimento da obrigação já extinta ex lege pelo comando do art. 156, V, do CTN. (REsp 1252608/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 24.2.2012).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1297954/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 14/09/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO DE CRÉDITO JÁ PRESCRITO. RESTABELECIMENTO DA EXIGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO. ART. 156, V, DO CTN.

1. O parcelamento postulado depois de transcorrido o prazo prescricional não restabelece a exigibilidade do crédito tributário.

Isso porque: **a) não é possível interromper a prescrição de crédito tributário já prescrito; e b) a prescrição tributária não está sujeita à renúncia, uma vez que ela não é causa de extinção, apenas, do direito de ação, mas, sim, do próprio direito ao crédito tributário (art. 156, V, do CTN).** Precedentes: AgRg no RMS 36.492/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/04/2012; REsp 1.210.340/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/11/2010; REsp 812.669/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 18/09/2006.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 51.538/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012)

Atualmente, seguindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região também se curvou a esse entendimento, conforme segue:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARCIAL DOS CRÉDITOS. CARACTERIZAÇÃO. PARCELAMENTO DE CRÉDITO PRESCRITO. RENÚNCIA TÁCITA À PRESCRIÇÃO. A adesão a parcelamento de crédito prescrito não importa em reconhecimento tácito de renúncia à prescrição, pois, em matéria tributária, a prescrição extingue o crédito (CTN, art. 156, V), não podendo ser renunciada. (TRF4, AC 5005958-85.2014.404.7001, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, juntado aos autos em 27/02/2015)

Leandro Paulsen^[4] admite, inclusive, que o pagamento de tributo atingido pela prescrição ou pela decadência é passível de repetição:

Tanto a decadência como a prescrição, em matéria tributária, implicam a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso V, do CTN. Assim, o pagamento eventualmente feito pelo

contribuinte após a sua ocorrência é indevido, ensejando repetição.

E também Sacha Calmon Navarro Coêlho concorda com esse entendimento:

É cediço afirmar que a prescrição do direito de ação somente a extingue, deixando intacto o direito material que lhe conferia substrato.

Comumente se diz: a obrigação, de legal, torna-se moral se o devedor paga, não pode demandar a restituição do que pagou, embora prescrita a ação. Esta era para obrigá-lo a pagar, dobrando a sua vontade, se recalcitrante, substituindo-a pela do juiz, a determinar o pagamento ou a entrega da coisa. A decadência mata o direito material. Nesse caso, pode-se repetir o indébito, diferentemente da prescrição, que só mata a ação, sem afetar o direito material. São lugares comuns e, em Direito Privado, até admissíveis.

Ocorre que no Direito Tributário pátrio, a teor do CTN, tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o crédito tributário.

Quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos. [\[5\]](#)

A suspensão do prazo prescricional, para Leandro Paulsen, ocorre nas mesmas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Segundo ele, a existência de uma causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário *impede o Fisco de buscar em juízo a satisfação do crédito tributário, na medida em que a execução pressupõe título revestido não apenas de certeza e liquidez, mas também de exigibilidade*[\[6\]](#). Sacha Calmon Navarro Coêlho[\[7\]](#), embora não afirme nesses termos, cita como causas suspensivas da prescrição as mesmas do art. 151 do CTN:

Com efeito, durante todo o processo administrativo de discussão do crédito tributário (reclamações e recursos), não corre a prescrição. Do mesmo modo, as liminares em mandado de segurança e o depósito integral do crédito tributário suspendem a sua exigibilidade e, portanto, a prescrição, sem falar nos parcelamentos para pagamento do crédito tributário, estes últimos com as nuances que vimos quando tratamos do assunto.

Outros doutrinadores, entretanto, não concordam com essa exegese:

Entendemos, por outro lado, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com efeitos apenas administrativos, não tem o condão de paralisar a fluência do prazo prescricional, para tanto devendo a Fazenda, se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, utilizar-se do protesto judicial, como forma interruptiva da prescrição.

(Comentários ao código tributário nacional. v. 2: arts. 96 a 218; Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 472)

Suspensão no curso do prazo prescricional não é a mesma coisa que suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Frequentemente deparamos com a

confusão das duas realidades jurídicas, nas obras de bons autores. Para que se suspenda o lapso de tempo que leva à prescrição é imperativo lógico que ele se tenha iniciado, e, nem sempre que ocorre a sustação da exigibilidade, o tempo prescricional já terá começado a correr.

(CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 506)

Concordo com a doutrina de Leandro Paulsen e Sacha Calmon, à exceção da hipótese prevista no art. 151, inciso VI, do CTN, porque, como visto alhures, o parcelamento é causa de interrupção da prescrição. Nesse sentido tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO

CONFIGURADA. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE E DO PRAZO PRESCRICIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA E DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A interposição de recurso administrativo pela contribuinte, sob o fundamento de que a exação fiscal em questão é inconstitucional, suspende a exigibilidade do crédito tributário e a prescrição da cobrança, nos moldes preconizados pelo art. 151, III, do CTN.

Precedentes do STJ.

3. A argumentação da recorrente de que houve cerceamento de defesa e desrespeito ao devido processo legal, no que tange ao procedimento administrativo ora em questão, envolve a análise de dispositivos constitucionais, em especial do art. 5º, XXXIV, LIV e LV, da Constituição Federal, o que é inviável a esta Corte Superior, em Recurso Especial.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ; AgRg no REsp 627385 / RS; Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN; Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 19/02/2009; DJe 27/03/2009)

Essas foram apenas algumas noções introdutórias sobre como funcionam os prazos de decadência e prescrição no direito tributário. Sem dúvidas, há inúmeros outros debates interessantes e atuais a serem estudados nesse tema, porém o presente trabalho não tem por objetivo esgotar o assunto, mas apenas trazer à lume um conhecimento introdutório antes de adentrar ao tema propriamente dito e, talvez,

aguçar o interesse e curiosidade dos leitores para as importantes questões sobre decadência e prescrição tributárias.

Friso que nesse tópico, caberia falar ainda do prazo de prescrição para repetição do indébito tributário, porém este é um dos assuntos centrais do presente trabalho, porque a LC 118/05 promoveu alterações na interpretação do art. 168 do Código Tributário Nacional. Por essa razão, esse tema será abordado em capítulo próprio.

2 APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 70/2003

Por força do contido no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, eventuais alterações legislativas nos prazos de prescrição no direito tributário só seriam válidas perante o ordenamento jurídico brasileiro se viessem a lume por meio de lei complementar.

É também por essa razão que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar. Veja-se ensinamento de Pedro Lenza^[8]:

O que acontecerá com as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição?

Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, a contrario sensu, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova “roupagem”. Como exemplo lembramos o CTN (Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172/66), que,

embora tenha sido elaborado com quorum de lei ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como lei complementar, sendo que os ditames que tratam sobre matérias previstas no art. 146, I, II e III, da CF só poderão ser alterados por lei complementar.

Assim, a Lei Complementar nº 118, promulgada em e publicada no Diário Oficial da União de 09 de fevereiro de 2005, alterou o conceito de extinção do crédito tributário para fins da contagem do prazo de que trata o art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Além disso, dispôs que o prazo prescricional para cobrança do crédito tributário seria interrompido com o despacho do juiz determinando a citação do contribuinte.

É evidente, nessas alterações, o propósito de colocar fim a entendimentos jurisprudenciais e dispositivos legais favoráveis ao sujeito passivo da obrigação tributária, o que trouxe grandes discussões na jurisprudência.

Como se verá ao longo deste trabalho, a LC 118/05 teve um de seus dispositivos declarado inconstitucional pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, seu projeto (Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 70, de 2003), foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania:[\[9\]](#)

RELATOR: Senador FERNANDO BEZERRA

I – RELATÓRIO

Vem à apreciação desta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Projeto de Lei da

Câmara nº 70, de 2003 – Complementar, que altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dá outras providências, PLP nº 72, de 1993, na origem.

O projeto tem como principal objetivo modificar o CTN, para tornar possíveis as alterações que se pretende fazer ao regime falimentar brasileiro, propostas no PLC nº 71, de 2003, que tramita paralelamente.

Assim é que, no art. 1º do PLC nº 70, de 2003 – Complementar, modificam-se os arts. 133, 155-A, 186, 187 e 188 do CTN, para expressamente excluir a sucessão tributária na alienação judicial de unidades da empresa em processos de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial; prever parcelamento especial na recuperação judicial; e modificar a classificação dos créditos para recebimento na falência.

Além disso, agora sem relação com a nova lei de falências, propõe-se a modificação do art. 185 do CTN, para estabelecer a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens por devedor tributário inscrito na dívida ativa; e autorizar a decretação da indisponibilidade de bens, inclusive contas bancárias, do devedor tributário, desde que,

citado, não pague nem apresente bens à penhora e que não sejam encontrados bens penhoráveis para a satisfação do crédito tributário.

O projeto traz, ainda, em seu art. 2º, norma interpretativa do inciso I do art. 168 do CTN, segundo a qual, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos para o pedido de restituição do contribuinte é contado da data do pagamento e não do decurso do prazo para a homologação pelo Poder Público.

(...)

II – ANÁLISE

O projeto de lei analisado versa sobre normas gerais de direito tributário, matéria de lei complementar da União, nos termos do art. 146, III, da Constituição e compreendida entre as atribuições do Congresso Nacional (caput do art. 48 da Constituição). No aspecto material, não há norma constitucional em conflito com o teor dos dispositivos do Substitutivo em exame. Dessa forma, o PLC nº 70, de 2003 – Complementar, é formal e materialmente constitucional.

(...)

III – VOTO

Por todo o exposto, o voto é pela aprovação do PLC nº 70, de 2003 – Complementar, na forma da Emenda nº 1-CAE (Substitutivo), com as modificações propostas pelas Emendas que apresentamos, e pela rejeição das Emendas de nºs 1, 2, 3 e 4.

(...)

Sala da Comissão, 02 de junho de 2004.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, prevista no art. 58 da Constituição Federal, existe tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Todos os projetos de lei devem passar por ela, porque realiza o controle preventivo de constitucionalidade, ofertando parecer terminativo [e não meramente opinativo] sobre o projeto de lei. Nesse sentido:

O Legislativo verificará, através de suas comissões de constituição e justiça, se o projeto de lei, que poderá virar lei, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade.

De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (vide Res. da CD n. 20, de 2004 – DCD, Suplemento, 18.03.2004, p. 3), enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno. O plenário

das referidas Casas também poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o mesmo podendo ser feito durante as votações.[\[10\]](#)

No caso da LC 118/05, a inconstitucionalidade do art. 4º desse diploma legal não foi detectada pela comissão do Senado Federal. Ao contrário do que ocorreu com alguns dispositivos legais que também foram alterados/acrescentados pela referida lei complementar, tais como o § 2º do art. 186 do CTN, o art. 185–A do CTN e o § 2º do art. 133 do CTN [cuja transcrição no parecer foram suprimidas por não interessarem diretamente a este trabalho], as modificações introduzidas na interpretação do art. 168, I, CTN não mereceram análise profunda por parte da CCJ. Esta limitou-se a dizer, como acima citado, que o projeto não apresenta incompatibilidades materiais ou formais em relação à Constituição Federal.

3 INTERRUPÇÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO

Antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, a citação do devedor nos autos de Execução Fiscal ajuizados pela Fazenda Pública era causa de interrupção da prescrição, conforme o contido no art. 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, cuja redação previa a interrupção da prescrição *pela citação pessoal feita ao devedor*.

Muitas vezes, o executado não era encontrado para ser citado e empregava todo o seu esforço para protelar o ato de citação. Com isso, não era raro transcorrer o prazo prescricional, extinguindo a obrigação tributária. *A prevalência da redação anterior do CTN possibilitava ao*

devedor fugir à citação pessoal, de forma a manter artificialmente a fluência do prazo prescricional. Tal situação era por demais injusta para a Fazenda Pública que, mesmo agindo (propondo a ação de execução fiscal), poderia ver seu direito perecer por algo que lhe é alheio (a fuga do devedor). [\[11\]](#)

Em 09 de junho de 2005, 120 (cento e vinte dias) depois de ser publicada, a LC 118/2005 entrou em vigor, conforme prescreve seu art. 4º. Assim, o marco interruptivo da prescrição passou a ser o despacho do juiz ordenando a citação do devedor.

Com a novel legislação, perdeu razão a hipótese prevista no inciso III do art. 174 do CTN, pela qual a prescrição era também interrompida por qualquer ato judicial capaz de constituir em mora o devedor. Isso porque esse inciso permitia a interrupção da prescrição por meio da citação por edital. Agora, antes de o devedor ser citado por edital, a interrupção da prescrição já se efetivou com o despacho que determina a citação. Nesse sentido:

A citação por edital na execução fiscal, quando restavam frustradas as tentativas de citação pessoal (por carta ou por oficial de justiça), constituía meio adequado para a constituição do devedor em mora.

(...)

Como, a contar da LC 118/05, com a nova redação do inciso I, não é mais a citação pessoal que interrompe o prazo, para o despacho que determina a citação, a questão perdeu a relevância.

(PAULSEN, Leandro. Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 1200)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPTÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que a citação editalícia, em sede de execução fiscal, também tem o condão de interromper a prescrição, desde que a citação por edital seja utilizada "quando sem êxito as outras modalidades de citação previstas no art. 8º da Lei n. 6.830/1980, quais sejam, a citação pelos Correios e a citação por oficial de justiça"

(Informativo de Jurisprudência 388/STJ que noticiou o julgamento do REsp 1.103.050/BA - Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sessão de 25 de março -, segundo a sistemática do art. 543-C do CPC).

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ; AgRg no REsp 997504 / RS; Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA; Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento 14/04/2009; DJe 07/05/2009)

Além disso, a nova redação do artigo pôs fim à divergência existente entre o contido no art. 174, parágrafo único I, CTN (redação original) e o contido no art. 8º § 2º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), o qual prevê que *o despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição*. Tal dispositivo legal não era aceito pela jurisprudência, uma vez que o CTN possui *status* de lei complementar, como exige o art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal (STJ, REsp 1055259 / SC, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 26/03/2009). A respeito, veja-se a doutrina de Eduardo Sabbag^[12]:

A partir da data de entrada em vigor da LC n. 118/2005 – em 9 de junho de 2005 –, o despacho do juiz, ordenando a citação do devedor, previsto no inciso I, passou a ser considerado como o ato interruptivo da prescrição, e não mais a própria “citação pessoal do devedor”.

A modificação, coibindo o transtorno provocado pelos corriqueiros “desaparecimentos” do sujeito passivo – no propósito de obstar a interrupção da prescrição nas ações de cobrança –, objetivou, sobretudo, harmonizar o Código Tributário Nacional com a Lei de Execuções Fiscais, que em seu art. 8º, § 2º, dispõe que “o despacho do juiz que ordenar a citação será causa interruptiva da prescrição”.

É evidente que, com a alteração, conferiu-se maior proteção ao Fisco, pois a mera ordem assinada

pelo juiz já produz o efeito interruptivo, independentemente do tempo que a citação demandará para se efetivar. Assim, quanto antes ocorrer a interrupção do prazo prescricional, melhor para a Fazenda e, conseqüentemente, pior para o sujeito passivo.

Outra grande discussão que surgiu nos tribunais gira em torno da aplicação da alteração legislativa. Deveria ser aplicada aos processos em curso em que ainda não ocorrera a citação? Deveria ser aplicada apenas às Execuções Fiscais ajuizadas após 09 de junho de 2005?

De início, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a nova sistemática deveria ser aplicada às Execuções Fiscais ajuizadas posteriormente à entrada em vigor da LC 118/05. A respeito, veja-se os seguintes precedentes (com grifos acrescentados):

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUÇÃO. PRECEDENTES.

1. A LEF prevê em seu art. 8º, III, que não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional.

2. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do

CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN, entendimento este aplicável às ações ajuizadas antes da vigência da Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, que alterou o inciso I, do § 1.º, do art. 174, do Código Tributário Nacional, que estatuiu a interrupção da prescrição "pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal".

3. In casu, tendo a execução fiscal sido proposta em 19.06.1997 para a execução dos créditos tributários constituídos em 15.05.1996, merece ser afastado o fundamento da prescrição, porquanto o executado foi citado por edital em 10.02.1999.

4. Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada (pas de nullité sans grief).

5. Com efeito, como se colhe do r. decisum de primeiro grau, foi dado total improvimento à execução fiscal, sob o fundamento de prescrição dos créditos tributários. Em sede de apelação, o Tribunal a quo manteve na íntegra a decisão de primeira instância. Logo, dos dois atos tidos por irregulares - ausência de intimação da sentença e das contra-razões ao recurso de apelação - em nenhum deles

restou comprovado o prejuízo dos recorridos, uma vez que o pedido da Fazenda Estatal restou improcedente em todas as instâncias.

6. Recurso especial provido para afastar o fundamento de prescrição.

(STJ, REsp 938.901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, **Primeira Turma**, julgado em 04.10.2007, **DJ 12.11.2007**, p. 186)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CARATERIZADA - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - INTERRUPÇÃO - EFETIVA CITAÇÃO - PROCESSO AJUIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LC 118 - DEMORA POR MECANISMOS DA JUSTIÇA - TEMA NÃO SUSCITADO PERANTE AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - SÚMULAS 282 E 356 STF.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido resolve a questão que lhe é submetida mediante fundamentação adequada.

2. **Ajuizada a execução antes da vigência da LC 118/05, impõe-se aplicar a jurisprudência desta Corte no sentido de que só a citação válida interrompe a prescrição, não sendo possível atribuir-se tal efeito ao despacho que ordenar a citação.**

3. A teor das Súmulas 282 e 356 STF, é inadmissível a apreciação em recurso especial de matéria não prequestionada nas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(STJ; Resp 1.035.225/RJ, **Segunda Turma**, Eliana Calmon, 03/06/08, **DJ 06/08/08**).

Posteriormente, aquele superior Tribunal modificou seu entendimento, passando a afirmar que a alteração é aplicável aos processos em curso, desde que o despacho que ordena a citação seja posterior a 09 de junho de 2005:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE A MATÉRIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DESPACHO DO JUIZ QUE ORDENA A CITAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ART. 174 DO CTN ENGENDRADA PELA LC 118/2005. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.

2. Originariamente, prevalecia o entendimento de que o artigo 40 da Lei nº 6.830/80 não podia se

sobrepôr ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.

3. Nesse diapasão, a mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

4. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

5. Destarte, **consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.**

6. In casu, o Tribunal a quo assentou que o IPTU relativo a 1999 teve sua constituição definitiva em 05.01.1999. A execução fiscal foi proposta em 11/12/2002 (fl. 02); o despacho que ordenou a citação foi proferido em 17.04.2003 (fl. 8) , anteriormente à vigência da LC 118/05; e a citação por edital não tinha se dado até a decisão de extinção do processo, em 26/01/2007.

7. Consectariamente, ressoa inequívoca a ocorrência da prescrição em relação ao crédito tributário constituído em 05/01/1999, porquanto decorrido o prazo prescricional quinquenal entre a data da extinção do processo, sem que tivesse ocorrido a efetiva citação do executado, e a data da constituição do crédito tributário, nos termos da redação original do art. 174, § único, I, do CTN, uma vez que o despacho ordinatório da citação foi proferido ainda antes da vigência da LC 118/05.

8. Recurso especial desprovido

(STJ; Resp 1.015.061/RS, **Primeira Turma**, Luiz Fux, Julgamento 15/05/08, DJ **16/06/08**)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DESPACHO QUE ORDENA

A CITAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ART. 174 DO CTN CONFERIDA PELA LC 118/05. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 cuja vigência teve início em 09.06.05, modificou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição e por se constituir norma processual deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, podendo incidir mesmo quando a data da propositura da ação seja anterior à sua vigência. Contudo, a novel legislação é aplicável quando o despacho do magistrado que ordenar a citação seja posterior à sua entrada em vigor. Precedentes.

2. No caso concreto, a Corte regional assentou que a inscrição em Dívida Ativa originou-se de lançamento de valores devidos a título de Imposto Territorial Rural-ITR referente ao ano de 1995, com vencimentos no período de 30.09.96 a 29.11.96; tendo a notificação do lançamento fiscal ao contribuinte ocorrido em 02.09.96, não havendo notícias da apresentação de defesa administrativa nem da realização do respectivo pagamento. A execução fiscal foi proposta em 26.02.02; o despacho que ordenou a citação ocorreu em 28.02.02 (fl. 07 da

execu o); tendo se efetivada em 12.03.02 (fl. 13-verso da a o executória).

3. Desse modo, sob qualquer ângulo, evidente que restou operada a ocorrência da prescri o, porquanto decorrido o prazo prescricional quinq enal entre a data da efetiva cita o do executado, ocorrida em 12.03.02, e a data da constitui o do crédito tributário (02.09.96), nos termos da reda o original do art. 174,  nico, I, do CTN, uma vez que o despacho ordinatório da cita o foi proferido ainda antes da vigência da LC 118/05.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg no REsp 1073004 / PR; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125);  rg o Julgador **Segunda Turma**; Data do Julgamento 20/11/2008; DJe **12/12/2008**)

Essa exegese foi ratificada pela Primeira Se o do STJ, como se vê adiante:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECU O FISCAL. PRESCRI O. CITA O POR EDITAL. INTERRUPTO. PRECEDENTES.

1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.

2. O artigo 40 da Lei nº 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.

3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque supra, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono sui generis do réu revel citado por edital.

5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição.

(Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

7. É cediço na Corte que a Lei de Execução Fiscal - LEF - prevê em seu art. 8º, III, que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. (Precedentes: RESP 1103050/BA, PRIMEIRA SEÇÃO, el. Min. Teori Zavascki, DJ de 06/04/2009; AgRg no REsp 1095316/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 12/03/2009; AgRg no REsp 953.024/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008; REsp 968525/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ. 18.08.2008; REsp 995.155/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ. 24.04.2008; REsp 1059830/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ.

25.08.2008; REsp 1032357/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ. 28.05.2008);

8. In casu, o executivo fiscal foi proposto em 29.08.1995, cujo despacho ordinatório da citação ocorreu anteriormente à vigência da referida Lei Complementar (fls. 80), para a execução dos créditos tributários constituídos em 02/03/1995 (fls. 81), tendo a citação por edital ocorrido em 03.12.1999.

9. Destarte, ressoa inequívoca a inoccorrência da prescrição relativamente aos lançamentos efetuados em 02/03/1995 (objeto da insurgência especial), porquanto não ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário e a citação editalícia, que consubstancia marco interruptivo da prescrição.

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ; REsp 999901 / RS; Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador S1 - Primeira Seção; Data do Julgamento 13/05/2009; DJe 10/06/2009)

Portanto, hoje resta pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a aplicabilidade imediata da LC 118/05, no que se refere à alteração conferida à hipótese de interrupção da prescrição em favor da Fazenda Pública, ainda que a Execução Fiscal tenha sido ajuizada anteriormente à entrada em vigor da referida lei complementar. Para sua aplicação, basta que o despacho que ordena a citação seja posterior a 09/06/2005.

Resta mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, em relação à interrupção da prescrição, pacificou o entendimento de que o art. 219 § 1º do Código de Processo Civil, segundo o qual *a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação*, aplica-se às Execuções Fiscais (com grifos acrescidos):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO, POR ESTAR O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONFRONTO COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o Recurso Especial 1.120.295/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 21/05/2010), assim se pronunciou sobre a aplicabilidade das disposições do art. 219 do CPC às

Execuções Fiscais para cobrança de créditos tributários: (a) o CPC, no § 1º de seu art. 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que significa dizer que, em Execução Fiscal para a cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição, atinente à citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou ao despacho do juiz que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar 118/2005), retroage à data do ajuizamento da execução, que deve ser proposta dentro do prazo prescricional; (b) "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (art. 219, § 2º, do CPC).

II. Ainda sobre a aplicabilidade das disposições do art. 219 do CPC às Execuções Fiscais para cobrança de créditos tributários, a Segunda Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.282.955/RS (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 26/02/2013), deixou consignado que, muito embora

o CTN, em seu art. 174, a exemplo do CPC, eleja expressamente o suporte fático hipotético para haver a interrupção do prazo prescricional (citação ou despacho), ele é omissivo em relação ao momento da produção de seus efeitos, pois não estabelece uma data para tal. Essa data, seja por emprego da analogia, por emprego da equidade ou dos princípios gerais de Direito Público (fórmula prevista no art. 108, I, III e IV, do próprio CTN), pode e deve ser buscada no CPC, que estabelece, expressamente, em seu art. 219, § 1º, como sendo "a data da propositura da ação". Sendo assim, não há qualquer equívoco ou conflito normativo em interpretar-se o art. 174 do CTN em combinação com o art. 219, § 1º, do CPC.

III. Nos presentes autos, o Tribunal de origem fez consignar, no acórdão recorrido, que deixou de aplicar a Súmula 106 do STJ, na espécie, pela simples circunstância de a exequente ter ajuizado a Execução Fiscal quando faltavam apenas seis dias para prescreverem os créditos tributários. No entanto, o simples fato de a Execução ter sido ajuizada apenas poucos dias antes do término do prazo de prescrição não justifica, por si só, o afastamento da Súmula 106 do STJ, conforme decidido pela Segunda Turma do

STJ, no Recurso Especial 1.337.571/PE (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 03/09/2012).

IV. A jurisprudência do STJ é pacífica, no sentido de que não cabe a esta Corte, em sede de Recurso Especial, apreciar alegação de afronta a princípios e normas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedente: EDcl no AgRg nos EREsp 1.238.322/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe de 17/06/2014.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1474333/PR, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

É este, portanto, o entendimento atual a respeito da matéria.

4 REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

A repetição do indébito tributário, nos casos de pagamento indevido ou a maior pelo contribuinte tem previsão no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

De início, é preciso destacar a existência de discussão doutrinária a respeito da natureza do prazo para pleitear a restituição de indébito tributário. A doutrina diverge em relação a esse tema. Para Balleiro, *o prazo de cinco anos do art. 168 é de decadência, e, portanto, não pode ser interrompido* (2007, p. 894). Outros doutrinadores advertem:

Prazo de decadência ou de prescrição? Entendemos que se trata de prazo de decadência, pois diz respeito ao direito de pleitear a restituição, não importando se administrativa ou judicialmente. Quanto à compensação, mais razões se tem ainda para tal entendimento: a compensação é efetuada pelo próprio contribuinte, prescindindo inclusive da participação do Fisco. A posição dominante é justamente no sentido de que temos no art. 168 do CTN um prazo decadencial. (PAULSEN, 2009, p. 1143)

Uma vez que o pedido de restituição pode ser feito por meio do processo administrativo ou judicial, para ambos o prazo do pedido de restituição é de cinco anos. para o pedido via administrativa, o prazo é de decadência; para o pedido via judicial, o prazo é de prescrição. (FABRETTI, 1998, citado por PAULSEN, 2009, p. 1143).

Quem tenha pago tributo indevidamente dispõe do prazo de cinco anos para requerer sua devolução.

É um prazo de decadência, que fulmina o direito de pleitear o retorno. (BARROS CARVALHO, 2007, p. 495)

Não obstante a opinião da abalizada doutrina acima citada, concludo como Hugo de Brito Machado^[13], que explica:

Observa-se desde logo a divergência em torno da questão de saber se o prazo estabelecido no art. 168, do Código Tributário Nacional, para o pedido de restituição, é de decadência ou de prescrição. Com apoio em lição de Aliomar Baleeiro, já afirmei que esse prazo é de decadência. Argumentei tratar-se de um direito a ser exercido perante a Administração, que não se confunde com o direito de ação. Sua extinção pelo decurso do tempo, portanto, não se daria pela prescrição, mas pela decadência.

(...)

Examinando melhor a questão restamos convencidos de que na verdade o referido prazo não é de decadência. Realmente, a decadência diz respeito apenas a alguns direitos potestativos, como tal entendidos aqueles que podem ser exercitados pelo respectivo titular independentemente e até contra a vontade de terceiros que os suportam.

(...)

É certo que o art. 168 do Código Tributário Nacional refere-se ao direito de pleitear a restituição, e o direito de pleitear, ou direito de formular o pedido de restituição, certamente pode ser tido como um direito potestativo. Mas o prazo extintivo em questão na verdade não diz respeito ao direito de pleitear simplesmente, até porque esse direito pode ser exercido a qualquer tempo. O prazo em questão diz respeito ao direito de obter a restituição. Ou, em outras palavras, ao direito ao atendimento do pedido de restituição. E esse direito de obter a restituição do tributo pago indevidamente não é da categoria dos potestativos, porque a sua satisfação evidentemente depende de outrem, vale dizer, depende da Fazenda Pública.

O prazo estabelecido pelo art. 168 do Código Tributário Nacional, portanto, não é de decadência nem diz respeito ao direito de haver a restituição. Tal prazo é de prescrição e diz respeito à ação na qual se pede a restituição do tributo pago indevidamente.

Superada essa questão, resta analisar o inciso I do art. 168 do CTN, um dos temas centrais deste trabalho. Segundo o *caput* e o inciso I do artigo 168 do CTN, o início do prazo prescricional para restituição de tributo pago a maior ou indevidamente tem início na data da extinção do crédito tributário.

A grande discussão trazida com a LC 118/05 foi no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que o contribuinte efetua o pagamento antecipado dos valores que entende devidos.

Nesse caso, sempre se entendeu que a extinção do crédito tributário ocorria com a homologação do pagamento, nos termos do art. 150 § 4º do CTN, e não com o pagamento antecipado em si, conforme leciona Hugo de Brito Machado:

Realmente, o pagamento é uma forma de extinção do crédito tributário, mas é óbvio que só se pode extinguir o que existe, e como não existe crédito tributário antes do lançamento, leva problema, então, saber se o pagamento antecipado, que hoje acontece em relação a quase todos os tributos, extingue desde logo o crédito tributário e, assim, demarca o início do prazo de que dispõe o contribuinte para pleitear a restituição do que tenha pago indevidamente.

Sem lançamento não existe crédito tributário. Logo, antes do lançamento não se pode cogitar de extinção do crédito tributário.[\[14\]](#)

O prazo para a autoridade fiscal promover a homologação do lançamento efetuado pelo contribuinte e do pagamento por ele realizado é de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador (art. 150 § 4º do CTN).

Essa homologação, via de regra, é tácita, ou seja, se verifica com o simples decurso do prazo de 5 (cinco) anos. Assim, estava consolidado o entendimento – sobretudo no Superior Tribunal de Justiça – de que, decorrido o prazo para a homologação do lançamento e do pagamento antecipado, teria início o prazo de prescrição para a restituição do indébito tributário, nos termos do art. 168, I, CTN.

Na prática, essa construção exegética resultava num prazo de (10) anos para a repetição dos tributos pagos a maior ou indevidamente lançados por homologação.

No art. 3º da LC 118/2005, o legislador pretendeu colocar fim a essa interpretação jurisprudencial que favorece o contribuinte. Para isso, estabeleceu o seguinte:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Ou seja, somente para fim de repetição do indébito, a extinção do crédito tributário deixou de ser a homologação do pagamento promovida pelo Fisco, e passou a ser representada pelo pagamento antecipado previsto no art. 150 § 1º do CTN. Com isso, foram suprimidos cinco anos de que dispunha o contribuinte para pleitear a restituição/compensação dos tributos pagos a maior ou indevidamente.

Além disso, o art. 3º da LC 118/05 se inicia pela providencial expressão *para efeito de interpretação*. Por isso, o legislador inseriu no art. 4º da LC 118/05 a regra segundo a qual o art. 3º, por ser expressamente interpretativo, possui efeitos retroativos, por força do disposto no art. 106, I, Código Tributário Nacional. Veja-se:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

A consequência, além de promover substancial redução no prazo prescricional da repetição de indébito tributário, foi a de que, muitos contribuintes, que julgavam ainda possuir tempo para ingressar com ação judicial, foram surpreendidos com o total esgotamento de seu prazo com a entrada em vigor da LC 118/05.

Por outro lado, não há dúvidas da flagrante inconstitucionalidade do disposto no art. 4º da LC nº 118/05. Isso porque, não obstante tenha se declarado expressamente interpretativo [do art. 168, I, CTN], o art. 3º daquela lei complementar, na verdade, inovou no ordenamento jurídico, e por isso não poderia retroagir para alcançar fatos anteriores a sua entrada em vigor.

É que a interpretação do art. 168, I, CTN já estava consolidada no Superior Tribunal de Justiça, órgão que tem a última palavra na interpretação da legislação federal, há cerca de uma década. E é ao Poder Judiciário que a Constituição Federal reservou a típica função de interpretar as leis. Por isso, a edição de dispositivos legais interpretativos deve ser vista como uma exceção no ordenamento jurídico, já que ao Poder Legislativo não cabe interpretar leis, mas inovar no ordenamento jurídico por meio de leis.

O art. 3º da LC 118/05 não se limitou a declarar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do art. 168, I, CTN, mas trouxe nova interpretação, que inclusive é desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária. Assim, tal dispositivo legal não é somente interpretativo, porque inovou no ordenamento jurídico, reduzindo o prazo de prescrição para repetição de indébito tributário. Entender de modo diverso significa afrontar o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, que dispõe que os Poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário) são *independentes e harmônicos entre si*.

A inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/05 se revela também na inobservância dos princípios da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, CF), porque muitos contribuintes que ainda dispunham de prazo remanescente para ajuizar ação de repetição de indébito tributário, com a entrada em vigor da LC 118/05 tiveram sua pretensão fulminada pela

prescrição. Nesse sentido a doutrina de Eduardo Sabbag, em comentário aos arts. 3º e 4º da LC nº 118/05:[\[15\]](#)

A interpretação em tela – intitulada autêntica ou legal – é atividade anômala do Poder Legislativo, que assume papel exegético para modificar aquilo que, em tese, não lhe convém.

Entendemos que esta interpretação deve ter eficácia apenas para o futuro, ou seja, da vigência desta Lei Complementar em diante, prevalecendo a segurança jurídica.

Esse entendimento é também esposado por Ricardo Alexandre[\[16\]](#):

A nova regra, na realidade, muda o prazo para a formulação do pedido de restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação. A mudança decorre de um deslocamento do termo inicial do prazo. Conforme analisado, até o advento da Lei Complementar 118/2005, o STJ entendia que o crédito tributário de tributo sujeito a tal modalidade de lançamento estaria extinto no momento da homologação, sendo esse o termo inicial para a contagem do prazo de cinco anos previsto no ar. 168, I, do CTN. Agora, para a definição do termo inicial do prazo, o crédito é considerado extinto desde o momento do pagamento, sendo este o novo termo

inicial para a contagem do prazo para pleitear restituição.

De maneira manifestamente abusiva, o art. 4º da Lei Complementar 118/2005 tentou dar caráter retroativo à nova regra, considerando-a expressamente interpretativa, o que ensejaria a aplicação retroativa da novidade, tendo em vista o disposto no art. 106, I, do CTN.

Luciano Amaro^[17], por outro lado, não questiona a constitucionalidade desses dispositivos legais inseridos pela LC 118/05, por não concordar com a tese dos “cinco mais cinco” chancelada outrora pelo STJ:

A restituição deve ser pleiteada no prazo de cinco anos, contados do dia do pagamento indevido, ou, no dizer inadequado do Código Tributário Nacional (art. 168, I), contados “da data da extinção do crédito tributário”.

Esse prazo – cinco anos contados da data do pagamento indevido – aplica-se, também, aos recolhimentos indevidos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em relação aos quais o Código prevê que o pagamento antecipado (art. 150) “extingue o crédito, sob condição resolutória” (§ 1º). O Superior Tribunal de Justiça, não obstante, entendeu que o termo inicial do prazo deveria

corresponder ao término do lapso temporal previsto no art. 150 § 4º, pois só com a “homologação” do pagamento é que haveria “extinção do crédito”, de modo que os cinco anos para pleitear a restituição se somariam ao prazo também de cinco anos que o fisco tem para homologar o pagamento feito pelo contribuinte. Opusemo-nos a essa exegese, que não resistia a uma análise sistemática, lógica e mesmo literal do Código. O art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005, à guisa de norma interpretativa (art. 4º, in fine), reiterou o que o art. 150, § 1º, já dizia, ao estatuir que, para efeito do art. 168, I, “a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150”.

Interessante observação é feita por Alexandre Rossato da Silva Ávila (Curso de direito tributário. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006, p. 324):

Em princípio, a Constituição Federal não proíbe a edição de leis retroativas. A proibição alcança apenas as normas que vulnerarem a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). O Supremo Tribunal Federal tem admitido a chamada retroatividade das leis interpretativas, desde que

permaneçam intangíveis as situações juridicamente consolidadas.

Logo nos primeiros dias de vigência da LC 118/05, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º dessa lei complementar, entendendo que o art. 3º poderia ter eficácia somente para o futuro:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento

segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo a quo do prazo ao universal princípio da actio nata (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003).

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre

situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

4. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ; REsp 720229 / RN; Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124); Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento 14/06/2005; DJ 27/06/2005, p. 279)

O acórdão acima transcrito foi proferido pela Primeira Turma do STJ e, ao reconhecer a inconstitucionalidade do art. 4º, a Turma não observou o princípio da Reserva de Plenário (art. 97 da Constituição Federal), pelo qual *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

Muitos acórdãos do STJ seguiram nesta linha e, posteriormente, foram anulados pelo Supremo Tribunal Federal por afronta ao Princípio da Reserva de Plenário:

I. Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário.

II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.

(STF; RE 485988 AgR / SP; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 12/12/2006; Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ 09/02/2007, p. 35)

Podem-se citar ainda os seguintes acórdãos proferidos pelo STF nesse sentido: RE 544246 / SE; DJ 08/06/2007; RE 502118 AgR / SP, DJ 31/08/2007; RE 482090 / SP; DJ 13/03/2009, RE 483376 AgR / DF, DJ 14/11/2008 e RE 510758 AgR / SP, DJ 12/06/2009.

Por isso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça teve de se manifestar sobre a questão. Na oportunidade, declarou a

inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/05, que prevê a aplicação retroativa do art. 3º da LC 118/05:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba

sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º,

para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Argui o de inconstitucionalidade acolhida.

(STJ, Corte Especial; AI nos EREsp 644736/PE; Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI; Data do Julgamento: 06/06/2007; DJ 27.08.2007, p. 170 – com grifos acrescentados)

Por fim, a Corte Especial estabeleceu nesse acórdão regras de direito intertemporal para a aplica o do art. 3º da LC 118/05, visando a obter tratamento igualitário a contribuintes que se encontrem em situa es semelhantes. O excerto do voto do Ministro Teori Albino Zavascki a seguir transcrito explicita o que ficou decidido:

(...) Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescri o, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a a o de repeti o do indébito   de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescri o obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém,

ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. (...)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria teve sua repercussão geral reconhecida ainda em 2007:

TRIBUTO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – REPERCUSSÃO GERAL – ADMISSÃO. Surge com repercussão geral controversa sobre a inconstitucionalidade, declarada na origem, da expressão “observado, quanto ao artigo 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005.

(STF; RE 561908 RG / RS; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 08/11/2007; DJ 07/12/2007, p. 16)

Posteriormente, a matéria foi julgada no seguinte sentido:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da

publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido."

(RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

Após o julgamento do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça alinhou sua jurisprudência ao entendimento daquele tribunal, conforme se extrai do seguinte precedente

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC Nº 118/2005. No julgamento do RE nº 566.621, RS, relatora a Ministra Ellen Gracie, submetido ao regime da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei Complementar nº 118, de 2005, tem vigência plena a partir da *vacatio legis*, alcançando inclusive os fatos anteriores à sua edição no que diz respeito à decadência do direito de constituir o crédito tributário; essa circunstância repercute no termo inicial do prazo de prescrição. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1159813/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 16/08/2013)

Portanto, hoje a questão resta pacificada no sentido de que, para as ações ajuizadas posteriormente à Lei Complementar 118/05, as alterações por ela implementadas devem ser aplicadas.

CONCLUSÃO

Como se viu, a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, trouxe aos tribunais pátrios, sobretudo ao Superior Tribunal de Justiça, novas discussões, sendo necessários muitos pronunciamentos jurisdicionais até que a matéria ficasse esclarecida.

Hoje, as questões restam pacificadas, trazendo novamente um sentimento de segurança jurídica aos contribuintes e à própria Fazenda Pública no que se refere à aplicabilidade e à interpretação da LC 118/05.

Com isso, a interrupção prescricional do prazo prescricional deve ser considerada como sendo a data do despacho ordenando a citação. E essa modificação é aplicável às Execuções Fiscais em curso, independentemente da data de seu ajuizamento, bastando que o despacho que ordena a citação seja posterior a 09 de junho de 2005, data da entrada em vigor da LC 118/05. E ainda, em sede de Recurso Repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a citação retroage à data da propositura da ação.

Assim, com o advento da LC 118/05, a prescrição da pretensão de repetir indébito tributário relativo aos pagamentos

efetuados a partir da vigência da lei complementar é de cinco a contar da data do pagamento, aplicando-se a alteração para os feitos ajuizados posteriormente à referida Lei Complementar, conforme entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2009;

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005;

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. Curso de direito tributário. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006;

BALEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11ª edição atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>; Acesso em 25/05/2015;

BRASIL. Senado Federal. Disponível em <<http://senado.gov.br>>; Acesso em 16/05/2015;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>; Acesso em: 26/05/2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>; Acesso em: 26/05/2015;

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 19ª edição revista. São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário. 9ª edição revista e atualizada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007;

Comentários ao código tributário nacional, volume 2: arts. 96 a 218; Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006;

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 16ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007;

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008;

MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 139 a 218. volume III. São Paulo, Atlas, 2005;

PAULSEN, Leandro. Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOTAS:

[1] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário. 9ª edição. Rio de Janeiro: 2007, p. 831.

[2] HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 511

[3] Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 1200.

[4] Ob. cit., p. 1129

[5] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário. 9ª edição. Rio de Janeiro: 2007, p. 836.

[6] Ob. cit., p. 1195

[7] Ob. cit., p. 836

[8] Direito constitucional esquematizado. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93-95.

[9] Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=27352>

[10] Pedro Lenza, ob. cit., p. 134

[11] ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2009, p. 451

[12] Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, p.751.

[13] MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 139 a 218. volume III. São Paulo, Atlas, 2005, p. 442-444

[14] Ob. cit., p. 446

[15] Ob. cit., p. 802.

[16] Ob. cit., p. 421-422

[17] Direito tributário brasileiro. 11ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 427-428

CRIMINAL COMPLIANCE: O DIREITO PENAL APLICADO EM SEU VIÉS PREVENTIVO

MAURICIO JANUZZI SANTOS: Presidente da Comissão de Estudos sobre o Sistema Viária da OAB/SP, Vice-Presidente da Comissão de Assistência Judiciária da OAB/SP, Presidente da 93ª Subseção da OAB/SP - Pinheiros, Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, advogado criminalista e professor universitário..

Historicamente sempre existiu forma de trabalho organizado, contudo, a concepção de empresa como conhecemos hoje teve a sua fase embrionária no século XVIII, mais precisamente a partir da Revolução Industrial ocorrida no Reino Unido.

As linhas mais marcantes desse momento histórico foram: o liberalismo econômico, a formação de capital e a adoção de um conjunto de mudanças tecnológicas que substituíram o trabalho humano por máquinas.

Pois bem, após esse período embrionário, surgiu no início da década de 80 a fase da globalização da economia, segundo a qual setores da atividade econômica passaram a interagir e a atuar no mundo inteiro.

Atualmente a empresa é vista como a força motriz da economia mundial, responsável pela criação e circulação de bens, serviços e riquezas, de tal forma que é absolutamente inconcebível a ideia de sociedade sem a figura da empresa.

Juntamente com o fortalecimento vieram responsabilidades.

A sociedade de um modo geral espera que as empresas atuem de maneira íntegra, proba, de forma absolutamente transparente. A integridade da empresa passou a ser elemento decisivo para a sua própria existência, pois as pessoas não querem investir em empresas que estejam ou que possam vir a estar envolvidas em escândalos de fraude e corrupção.

Nessas situações o prejuízo para a empresa é certo.

A propósito, vale relembrar um caso recente ocorrido no País, onde bastou o Ministério Público denunciar alguns dirigentes de uma grande empresa de produtos de limpeza para que suas ações desvalorizassem significativamente.

Atentos a essa nova dinâmica, as organizações concluíram pela necessidade de se adotar um sistema contínuo de verificação da legalidade e idoneidade de suas condutas para diminuir os riscos em suas operações evitando, desta forma, incorrer em fraude, corrupção ou qualquer outra situação capaz de depreciar o nome da empresa.

Esse sistema contínuo de verificação é conhecido como *compliance*, termo oriundo do “verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto.”.

No Brasil o *compliance* foi aplicado inicialmente no âmbito das instituições financeiras, expandindo, depois, para outros setores econômicos, normalmente aqueles com um número maior de normas regulamentadoras.

Nos dias atuais a adoção de um sistema de diminuição de riscos é necessário e útil a toda empresa, porquanto propicia benefícios como a valoração imaterial da empresa, consistente na respeitabilidade e confiança que ela passa a gozar no cenário econômico e social; em

decorrência desta confiança, a empresa absorve mais clientes, torna-se bem-vista pelos fornecedores de capital, que diminuem taxas ante a diminuição do risco; incentiva investimentos, etc. Mas além de trazer benefícios imateriais, o *compliance*, em razão do seu caráter preventivo, tem o potencial de evitar despesas com indenizações, multas, sanções administrativas, processos, etc.

Embora seja difícil mensurar o valor econômico gerado com a implementação do *compliance*, “estudos referentes ao valor comercial do *compliance* comprovam que US\$ 1,00 gasto significa a economia de US\$ 5,00, referente a custos com processos legais, danos de reputação e perda de produtividade.” (in “Manual de Compliance”, Organizadores: Marcelo de Aguiar Coimbra e Vanessa Alessi Manzi, São Paulo : Atlas, 2010, p. 5).

Como se vê, o programa de *compliance* é a ferramenta mais adequada para se diminuir os riscos decorrentes das atividades empresariais e com isso minimizar as possibilidades de ocorrência de situações capazes de gerar prejuízo à empresa.

Colocado ao leitor uma visão panorâmica e rasa sobre o que é *compliance*, cumpre-nos fazer um recorte na matéria para destacar um viés desse programa, cuja finalidade está voltada especialmente para a prevenção de fatos que possam ser tipificados como crime.

Refiro-me ao *criminal compliance*, que pode ser definido como o sistema de contínua avaliação das condutas praticadas na atividade da empresa, destinado a evitar a violação, ainda que inconsciente, de normas criminais, ou mesmo evitar a prática de crimes contra a empresa.

Embora seja novidade no Brasil, em alguns países como os Estados Unidos da América e a Alemanha, as empresas já o adotaram há algum tempo como forma de minimizar os riscos criminais de suas atividades.

A implementação desse modelo de gestão empresarial é dividida em duas grandes etapas: a primeira refere-se a um levantamento de todas as condutas praticadas pela empresa no campo trabalhista, ambiental, tributário, financeiro, etc. A segunda, na posse do resultado deste levantamento identificam-se as condutas críticas, as quais podem ensejar o início de investigação ou mesmo ação penal, fazendo-se, em seguida, a adequação das condutas à legislação aplicável, quando possível, e, não sendo, é aconselhada a sua cessação.

Muitas vezes a empresa age sem saber que a sua conduta é criminosa ou pode vir a ser enquadrada futuramente como crime. Cite-se aqui, como exemplo, o caso “flexcard”, segundo o qual o Ministério Público Federal, ao contrário das empresas, considerou que o pagamento de incentivos de produtividade a funcionários, por meio de cartões magnéticos, tinha a natureza de salário e que por isso as empresas cometeram crime de supressão de contribuição previdenciária, pois nada recolheram nesse sentido. Ora, as empresas – pelo menos a sua maioria – acreditavam que aquela verba não tinha natureza salarial e não imaginavam a possibilidade de serem investigadas por suposta prática de crime de sonegação. Neste caso, se as empresas tivessem um programa de *criminal compliance*, certamente seriam advertidas de que aquela conduta era de risco e que poderia, no futuro, dar ensejo a uma discussão no âmbito criminal.

Mas não é só isso.

Com o *criminal compliance* também se criam normas de condutas dentro da empresa, exigindo determinadas posturas e distribuindo responsabilidade entre os seus colaboradores. Institui-se formalmente a política de boas práticas dentro da empresa, pois cada indivíduo adquire a consciência, mediante a assinatura de termos, inclusive, sobre quais são as suas obrigações e deveres.

No ponto podemos destacar um caso envolvendo um parque de renome no Estado de São Paulo, em que se pretende atribuir a funcionários a responsabilidade pelo acidente em um brinquedo que resultou na morte de uma pessoa. Caso esse parque tivesse um programa de criminal compliance, certamente encontraríamos o responsável pela inspeção, manutenção e operação do equipamento, de sorte que, facilmente teríamos o culpado, se é que existiu.

O programa como se vê, possui dois pontos de destaque. Primeiro serve como meio inibidor de condutas negligentes, porquanto atribui a determinada pessoa, de modo expresso, claro e preciso, as suas responsabilidades sobre determinada área de atuação na empresa. Segundo, tem um caráter ético, pois permite que os verdadeiros responsáveis não se valham da pessoa jurídica, ou mesmo da complexidade das relações nela existentes, para se escusarem de suas responsabilidades, fator determinante para manter o bom nome e a credibilidade da empresa.

A correta implementação do *criminal compliance* e seu constante monitoramento, traz benefícios no âmbito patrimonial e pessoal. Sob o aspecto patrimonial evita-se que a empresa seja alvo de operação

policial ou mesmo de ação criminal, circunstância, como visto acima, de notório potencial lesivo, capaz inclusive de gerar sérias perdas financeiras. Sob o aspecto pessoal, evita-se que o administrador da empresa (presidente, diretor, etc), que por vezes desconhece a prática da conduta considerada criminosa, seja investigado, indiciado, réu em um processo-crime ou mesmo preso cautelarmente, pois o programa de diminuição de risco é capaz de revelar, de plano, os limites da sua responsabilidade penal naquele ato determinado.

Interessante anotar que no *criminal compliance* a consultoria criminal, comumente prestada após a realização do fato tido como criminoso, ou seja, de maneira contenciosa, passa a ter um nova perspectiva, a de prevenção, servindo de poderoso instrumento para que as empresas trabalhem absolutamente dentro das inúmeras normas penais vigentes (crimes financeiros, tributários, econômicos, ambientais, trabalhistas, consumeristas, etc.), bem como para delimitar a responsabilidade criminal de seus colaboradores, evitando que atos de desvio das normas de conduta ou mesmo criminosos sejam vinculados à empresa ou atribuído indevidamente a determinadas pessoas, apenas por ocuparem cargos de administração.

PICHAÇÃO E GRAFITAGEM NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

TAYSON RIBEIRO TELES: Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha-ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira, pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Bem como, atualmente, é Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da Ufac.

RESUMO: O presente estudo tem o escopo de desvelar as nuances perfunctórias dos institutos jurídicos penais Pichação e Grafite. Nesse intento, serão tecidos comentários analíticos, por revisão de bibliografia, sobre Pichação e Grafite em prédios privados e públicos.

Palavras-chave: Pichação; Grafite; Comentários analíticos;

ABSTRACT: This study has the scope to reveal the perfunctory nuances of criminal legal institutions Graffiti and graphite. In this attempt, analytical comments will be tissues, for literature review on graffiti and graphite on public and private buildings.

Keywords: Graffiti; Graphite; Analytical comments;

INTRODUÇÃO

Consoante o Sítio *Online* Dicionário Informal (2009), Pichação é o ato de escrever ou riscar sobre propriedade alheia, de modo a causar prejuízo estético e financeiro.

Já Grafitegem, conforme o Sítio Significados (2015) é uma palavra de origem italiana, *graffito*, que significa “escrita feita com carvão”. São inscrições gravadas ou desenhadas pelos antigos nas paredes das cidades e monumentos. Sendo que, hodiernamente, a Grafitegem é considerada uma arte urbana e a arte dos grafiteiros se disseminou rapidamente pelo Brasil e, hoje em dia, segundo estudiosos do tema, o grafite brasileiro é considerado um dos melhores do mundo.

1. PICHAR UM MURO CARACTERIZA CRIME DE DANO? E SE FOR PRÉDIO PÚBLICO?

Para compreender se pichar um muro é crime de dano, cumpre que se erija uma análise percuciente da temática. Em âmbito penal, consoante a legislação repressiva pátria, especificamente a Lei de Crimes Ambientais, Lei Federal nº 9.605/98, pichação é crime, veja-se:

“Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

Parágrafo único. “Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é

de seis meses a um ano de detenção, e multa.”
(BRASIL, 1998).

Nesse foco, depreende-se que, a prática de pichar, grafitar ou de qualquer forma conspurcar (danificar) edificação ou monumento urbano, sujeita o autor da ação a até um ano de detenção, além de multa. Se o ato for realizado em monumento ou prédio tombado, em razão do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena poderá ser de seis meses a um ano de detenção, com multa.

Nessa tipificação, existe a factibilidade, ainda, de se utilizar cumulativamente o disposto no artigo 134 do Código Penal, o qual faz referência ao Perigo para a Vida ou Saúde de Outrem (“Art. 132. Expor a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente”). Diz-se isso, porquanto se um dos infratores acusar outro participante pela indução (exposição) pode-se relevar o referido dispositivo legal. Isto é, muitas vezes, ao buscar a concretização da ação delitiva (pichação), os infratores escalam, se equilibram, ou colocam as suas próprias vidas em perigo das mais diversas maneiras possíveis.

Em sede de esfera cível, o Código Civil Brasileiro considera o dano como ato ilícito, determinando que o causador efetue a respectiva reparação, transferindo a responsabilidade no caso de incapaz ao seu responsável. O referido diploma social ressalta, ainda, que, a reparação civil independe da criminal, porquanto ambas tratam de esferas distintas devendo ser avaliadas pelo respectivo juízo competente. Vejam-se os dispositivos cíveis (CC/02) atinentes ao tema:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

“Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano (BRASIL, 2002)”.

Por fim, quanto à fulcral dúvida acerca de pichação ser crime de dano (o inculpado no Código Penal) ou não, sendo apenas crime ambiental, cumpre que se releve a jurisprudência hodierna.

Nessa senda, veja-se julgado do Tribunal de Justiça do RS:

“APELAÇÃO CRIME. **CRIMES AMBIENTAIS. PICHÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA**”

REFORMADA. **Comprovado que o réu pichou, à noite, edificação urbana, resta caracterizado o crime ambiental previsto no art. 65 da Lei nº 9.605/98, com a incidência da agravante do art. 15, inciso II, alínea i.** Decisão absolutória de primeiro grau reformada. DOSIMETRIA DAS PENAS. PRESCRIÇÃO RETROATIVAMENTE OPERADA PELA REPRIMENDA CONCRETIZADA EM ACÓRDÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. **Fixada pena definitiva de 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, cumulada com multa no menor patamar possível.** Verificada a ocorrência da prescrição retroativa, pois transcorrido lapso superior a 02 (dois) anos entre a data do recebimento da denúncia e a data da prolação desta decisão condenatória, descontado o período em que o feito remanesceu suspenso. Declaração da extinção da punibilidade para o crime que se mostra impositiva. **CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DANO QUALIFICADO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.** Os fatos denunciados consistem em crime único, vez que uma única conduta - a pichação de edificação urbana - causou um único resultado típico, qual seja, a pintura do referido muro. Incidência do princípio da especialidade.

Inexistência de concurso formal de delitos. Decisão absolutória mantida quanto ao dano qualificado, porém sob o fundamento do artigo [386](#), inciso [III](#), do [Código de Processo Penal](#). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO QUANTO À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70050746304, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, **Julgado em 14/03/2013**)". **(Grifos nossos)**

No mesmo sentido, e com a especificação de o local pichado ser prédio público, tem-se:

“HABEAS CORPUS. **PICHAÇÃO DE EDIFÍCIO RESIDENCIAL PERTENCENTE AO EXÉRCITO BRASILEIRO.** AGENTES CIVIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR. EXCEPCIONALIDADE DA JUSTIÇA CASTRENSE PARA O JULGAMENTO DE CIVIS, EM TEMPO DE PAZ. ORDEM CONCEDIDA. 1. O MPM tem legitimidade para impetrar HC em favor de quem se ache constrangido em sua liberdade de locomoção, direta ou indiretamente, atual ou iminente. No caso, o habeas corpus se revela apto a favorecer os pacientes com medidas despenalizadoras, inclusive as previstas na Lei 9.099/1995. 2. Ao contrário do entendimento do Superior Tribunal Militar, é

excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado" (CC 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 3. O cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 4. **No caso, nada revela a vontade dos pacientes de atentar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar ou atividade genuinamente castrense. Conduta que, em tese, se amolda ao tipo do art. 65 da Lei 9.605/1998.** 5. **Ordem concedida para determinar a remessa do procedimento investigatório para a Justiça comum federal.** (STF - HC: 100230 SP , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 17/08/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-179 DIVULG 23-09-

2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-03 PP-00457)". (Grifos nossos)

Desse *modus*, percebe-se que para a jurisprudência pátria, pichar edificações urbanas, pelo PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE DA LEI, não é crime de dano (Código penal), mas sim crime de pichação (Lei de Crimes Ambientais, Lei Federal nº 9.605/98, Art. 65).

No que atine a casos concretos em que a edificação urbana seja prédio público, cumpre dizer que o legislador achou por bem agravar a pena para os casos em que as pichações são cometidas em bens privados, atenuando-a para as ocorrências em detrimento dos bens públicos. Nesse rumo, uma pichação contra o patrimônio privado, à luz do Art. 163 do CP, seria punida com uma pena de um a seis meses de detenção, ou multa.

Veja-se:

“Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

[...]

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

[...] Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência” (BRASIL, 1940).

Já, à luz do dispositivo penal que atualmente trata da matéria (Lei de Crimes Ambientais, Lei Federal nº 9.605/98, Art. 65), a pena será de três meses a um ano de detenção e multa.

Agora, **se o delito for praticado contra bem público**, independentemente de se tratar de monumento ou bem histórico, antigamente, antes da Lei de Crimes Ambientais, usando o Art. 163 do CP, o evento seria considerado um Dano Qualificado, punido com pena de detenção de seis meses a três anos e multa (além da pena correspondente à violência).

Hoje em dia, igual conduta **receberá uma pena de seis meses a um ano de detenção e multa. Porém, somente quando for realizada contra patrimônio histórico, se realizada na fachada de um prédio administrativo comum receberá o mesmo tratamento dispensado às propriedades privadas, ou seja, pena de detenção de seis meses a um ano e multa.**

2. PICHÃO VERSUS GRAFITAGEM

Outrossim, relevante é engendrar diferenciação entre pichão e grafite. Nesse meandro, no dia 25 de maio de 2011 entrou em vigor a Lei Federal nº 12.408, a qual altera o Art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para descriminalizar o ato de grafitar, e dispõe sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos.

Tal lei passou a considerar o grafite como uma conduta legalizada (diferente da pichação), desde que exista o consentimento do proprietário do local grafitado. A Lei traz a seguinte definição de grafitagem: “a prática que tem como objetivo valorizar o patrimônio público e privado mediante a manifestação artística sob o consentimento de seus proprietários”.

No curso desse tema, importante é lembrar do caso da “mulher que pichou a Bienal de São Paulo”. Caroline Pivetta participou em 2008 de uma invasão do pavilhão da Bienal, no parque Ibirapuera, e pichou paredes e vidros no primeiro dia de visita da 28ª Bienal de São Paulo. Esta foi condenada a quatro anos de prisão, em regime semiaberto, por formação de quadrilha e destruição de bem público protegido por lei.

Em seu *decisum* o Juízo sentenciador frisou que a condenada não é artista. Não é grafiteira. Nem tem nenhuma posição política clara (sua pichação de “abaixa a ditadura” não é exatamente um clamor político contemporâneo). Ademais, deve-se enxergar que houve influência de clamor público na decisão judicial, porquanto a pena para pichação é de seis meses e ela foi condenada por formação de quadrilha e destruição de patrimônio público, sendo que antes de ser condenada ficou presa por 53 dias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o trabalho em apreço teve o objetivo de desvelar as nuances perfunctórias dos institutos jurídicos penais Pichação e Grafitagem. Nesse intento, foram erigidos comentários analíticos, por

revisão de bibliografia, sobre Pichação e Grafite em prédios privados e públicos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Vinícius de Moraes. **A pichação e a grafite na óptica do direito penal**. Artigo. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8039/a-pichacao-e-a-grafite-na-optica-do-direito-penal#ixzz2uLonPKGU>>.

Acesso em: 20 de maio de 2015.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 de maio de 2015.

_____. **Lei de Crimes Ambientais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em: 20 de maio de 2015.

_____. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 de maio de 2015.

CAMPANELLA, Luciano Magno. **CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO: DIFERENÇAS ENTRE ESTELIONATO, FURTO MEDIANTE FRAUDE E APROPRIAÇÃO INDÉBITA**. ARTIGO. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/lucianocampanella/crimes-contrao-patrimonio-diferencas-entre-estelionato-furto-mediante-fraude-e-apropriacao-indebita-173>>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

CARVALHO, Cláudio Frederico. **Pichar é legal?** ARTIGO. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6475/Pichar-e-legal>>.

Acesso em: 20 de maio de 2015.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Definição de Pichação (2009)**. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/picha%C3%A7%C3%A3o/> Acesso em: 20 de maio de 2015.

JUSBRASIL. **Apelação Cível n.º ACR 70050746304 RS**. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112718430/apelacao-crime-acr-70050746304-rs/inteiro-teor-112718440> Acesso em 20 de maio de 2015.

____.HC 100230 SP. **Disponível em:** <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5349406/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-100230-sp-stf> Acesso em: 20 de maio de 2015.

SIGNIFICADOS. **Definição de Grafitagem (2015)**. Disponível em: <http://www.significados.com.br/grafite/> Acesso em: 20 de maio de 2015.

RECURSO DE APELAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

DEIVID RODRIGUES DOS SANTOS:
Bacharelado em Direito, pela Faculdade AGES.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade a prévia análise dos recursos criminais em geral, com ênfase ao recurso de Apelação. Irei abordar sobre o conceito, classificação, fundamento, pressupostos e os princípios basilares relativos aos recursos na seara do processo penal. Posteriormente passaremos ao estudo específico do recurso de Apelação Criminal no sistema processual penal vigente no Brasil mais especificamente os de decisões do juiz singular e do tribunal do júri.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal, Recursos, Princípios, Apelação.

1 INTRODUÇÃO

O recurso nada mais é do que, a solicitação de revisão de uma sentença judicial, com a finalidade de gerar a modificação, reforma e até mesmo anulação da sentença proferida. Endereçado ao órgão superior respectivamente competente.

Surge com base nos anseios, de que o ser humano não é cem por cento perfeito podendo tomar decisões errôneas em um primeiro momento, como é o caso da decisão do juiz de primeiro grau ou juiz “*a quo*”, e a partir dessa necessidade, nasce o remédio jurídico para tentar amenizar essa sensação de insatisfação.

E o instrumento que pode provoca o judiciário para realização do reexame nos casos de incerteza da sentença condenatória de primeiro

grau, é especificamente o “RECURSO” que significa segundo dicionário Aurélio ato de recorrer a instância superior, ato de procurar auxílio ou socorro.

A competência para julgamento do recurso pode ser do juiz de primeiro grau que proferiu a sentença (*a quo*), temos como exemplo os casos de protesto por novo júri e embargos de declaração. E também pode ser julgado por outro órgão de instância superior, tecnicamente chamado de juízo “*ad quem*”, que julga a Apelação, Rese, os Embargos Infringentes, recursos Ordinário e Extraordinário e Recurso Especial.

Como regra os recursos são revistos pelo órgão superior, levando em consideração que o juízo de primeiro poderá persistir em sua decisão fugindo do princípio da imparcialidade, por já ter um entendimento formado a respeito do processo.

2 HISTÓRIA DOS RECURSOS

Os recursos surgiram a partir do direito Romano, onde existia uma organização judiciária dividida em órgãos de primeiro e segundo grau. Um dos primeiros indícios do surgimento dos recursos surgiu a partir do momento que direito Romano instituiu uma ação para declarar a nulidade de decisões nos casos em que fossem aceitáveis, a exemplo nos casos de dúvida, decisão injusta ou ilegal.

Com o passar do tempo e o desenvolvimento do Império Romano, surgiu o recurso chamado Apelação com a finalidade de reexaminar as sentenças condenatórias proferidas pelos magistrados, e até os dias de hoje com algumas melhorias e adaptações é utilizado com a mesma finalidade de rever ou revisar essas sentenças. Diga-se, de passagem que esse foi o período que deu o início ao brilhante sistema recursal. E apesar

do nascimento desse recurso no Império Romano, ainda se utilizava de ações que também serviam para impugnar decisões como, Revisão Criminal, *Habeas Corpus*, Embargos de Terceiro e Mandado de Segurança.

3 ESPÉCIES DE RECURSOS

3.1 Recursos propriamente ditos e seus dispositivos legais:

- 1) Apelação (arts. 593 - 606);
- 2) Recurso em sentido estrito (arts. 581 - 592);
- 3) Agravos (Leis nº 8.038/90, 7.210/84etc.);
- 4) Carta testemunhável (arts. 639 - 646);
- 5) Embargos infringentes (art. 609, par. Único);
- 6) De declaração (arts. 619 - 620);
- 7) Protesto por novo júri (arts. 607 - 608);
- 8) Correição parcial (Leis nº 1.533/51 e 5.010/66, etc.);
- 9) Recurso extraordinário (CF/88, art. 102, III; Lei nº 8.038/90);
- 10) Recurso especial (CF/88, art. 105, III; Lei nº 8.038/90).

4 PRINCÍPIOS

4.1 Princípio da Fungibilidade

Em nosso ordenamento jurídico todos os recursos disponíveis estão previstos em lei mais especificamente no **art. 574** e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro, e a cada tipo de decisão tomada deve-se interpor o recurso apropriado.

É bem ver que, ao lado do princípio do contraditório, a garantia à ampla defesa é um princípio decorrente do devido processo legal, sendo

Ihe uma exigência indissociável. (Marcelo Martins 2009, p. 69)

Deve-se levar sem considera o que, se a parte interpuser recurso diferente do que   cabível, não pode ser prejudicada, servindo como base o entendimento de Mirabete (1996) que diz, “adotou-se no processo penal o princípio da fungibilidade do recurso, colocando-se acima da legitimidade formal o fim a que visa a impugna o”. Esse princípio são tem legitimidade se o r e agir de boa-f e, com fulcro no art. 579 do Código de Processo Penal. Analisado o pressuposto de validade da boa-f e, e a impropriedade do recurso, o juiz pede para que façam a corre o de acordo com o rito cabível sem prejudicar o r e, com base no **art. 579, paragrafo único** do Código de Processo Penal.

4.2 Princípio da Unirrecorribilidade

Em nosso ordenamento jurídico, cada decisão ou sentença tem seu recurso aquedado, e a partir do momento que se interpõe um recurso, não existe a possibilidade de se utilizar de outro recurso, ou seja, a parte não pode utilizar mais de um recurso para combater a mesma decisão, com fulcro no **art.593  4 ** do Código de Processo Penal.

Como na maioria dos casos em nosso ordenamento, para cada regra existem suas exce o es, e com esse princípio não seria diferente. Que são:

1. Apela o e protesto por novo júri se, na decisão do júri, um crime comporta o protesto,   outro não. A apela o aguardará a nova decisão decorrente do protesto;

2. O recurso ordinário constitucional, por parte da defesa, da decisão degeneratória de *habeas corpus*, o recurso especial e o recurso extraordinário, por parte da acusação, se a denegação for parcial e houver fundamento nas hipóteses constitucionais;

3. O recurso de embargos infringentes, o especial e o extraordinário, se a decisão do tribunal, desfavorável ao réu, contiver parte não-unânime e parte unânime que, em tese, possibilite os recursos aos Tribunais Superiores. Os embargos infringentes serão julgados em primeiro lugar, ficando os outros dois recursos aguardando essa decisão. “Julgados os embargos, caberá outro recurso especial e outro extraordinário quanto à parte decidida nos embargos, se houver fundamento constitucional para isso.”

(Greco Filho, 1995 p. 317).

Nesses casos específicos, pode-se notar que nosso sistema jurídico é flexível, agindo com a finalidade de salvaguardar o réu nos mais diferentes tipos de situações.

5 DOS PROCEDIMENTOS

5.1 Juízo de Admissibilidade

Nessa situação o juiz “*a quo*” vai verificar se o recurso deve ser realmente aceito, visando principalmente a questão da economia e celeridade processual. Na visão de Mirabete (1996), “em regra, o juízo de admissibilidade do recurso é feito em dois graus, ressalvada a hipótese de recurso para o mesmo órgão julgador”. Esse entendimento é pacífico, pois

quando o juiz “*a quo*” faz o juízo de admissibilidade do recurso não abstém o juiz “*ad quem*”, de reanalisar os pressupostos de admissibilidade, podendo até impugnar o recurso se esses não estiverem presentes.

O direito enquanto apenas enunciado norma geral juízo é de todo impotente e sua realização só se dá em termo de decisão no caso concreto, que reclama, para sua fidelidade ao previamente enunciado, adequando integração entre enunciado/organização/processo/procedimento, com submissão dos envolvidos, no seu operar. (Calmon de Passos 2003, p.80)

É fato que a apelação criminal para ser aceita necessita em regra dos pressupostos de admissibilidade previstos no Código de Processo penal mais especificamente em seu **art. 593** e seguintes, a tempestividade, ou seja, se esta dentro do prazo legalmente estabelecido de 5 (cinco) dias, e não se restringe só há esses requisitos, pois o juiz “*a quo*”, deverá examinar mais dois pressupostos que são o interesse e a legitimidade. Dessa forma somente a parte sucumbida, ou seja, a que perdeu a ação pode interpor o recurso de Apelação, por consequência lógica de que só “tem legítimo interesse aquele que teve seu direito lesado pela decisão”, segundo Mirabete (1996).

5.2 Interposição Desobrigatória

Em regra geral relacionada aos recursos, o sucumbente tem a faculdade de interpor o recurso, ou seja, não é um ato obrigatório em

nosso ordenamento jurídico vai depender clara e exclusivamente de sua vontade. Podendo ser fundamentado no princípio da voluntariedade.

Na apelação a voluntariedade esta para o defensor interpor, assim como, a renúncia e a desistência estão para o próprio réu. Dessa forma, mesmo o defensor interpondo o recurso, se o réu desejar não mais prosseguir, terá que se manifesta perante a autoridade judicial competente que reduzira a termo, ou seja, torna escrita a manifestação oral do réu constituindo-se um ato processual. Sendo um ato irrevogável, pois não mais se admite ser reavaliado em posteriores manifestações produzindo efeitos sobre o mérito e o direito, com exceção dos casos de vícios resultantes da vontade.

5.3 Apelação da Sentença do Juiz singular

Em seu art. 593, incisos I e II o Código de Processo Penal são elencas as hipóteses pelas quais se pode interpor o recurso de Apelação sentenciado pelo juiz singular. Alexandre Morais da Rosa reforça metaforicamente esse entendimento quando diz,

Ao final da partida é proferida uma decisão (condenatória extintiva ou absolutória). Dessa decisão, de regra cabe recurso ao órgão com competência de segundo grau, atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição. (p. 173)

A primeira hipótese trata das sentenças definitivas de condenação ou absolvição. As sentenças condenatórias de certa forma são aquelas em que o juiz julga total ou parcialmente procedentes os pedidos do autor contra o acusado no Processo Penal.

No caso da absolutória acontece ao contrario, ou seja, quando o juiz julga improcedente a ou as imputações contra o acusado, absolvendo-o. A segunda hipótese trata das chamadas decisões definitivas, que levam a coisa julgada material, ou seja, não poderão ser apresentadas novamente em novo processo.

Na terceira hipótese podemos chamar de decisões interlocutórias ou mistas, onde não há decisão de mérito, encerrando a relação processual, agir-se terminativamente, ou pondo termo a uma fase processual.

5.4 Sentença do Tribunal do Júri e o Recurso de Apelação

O embasamento legal para que esse recurso seja utilizado a partir da sentença do Tribunal do Júri está previsto no art. 593, III, “a” a “d” do Código de Processo Penal.

Quando se fala em sentença do Tribunal do Júri, fala-se de algo diferenciado das sentenças proferidas pelo Juiz Singular. Pois a decisão do Juiz Singular tem caráter devolutivo, ou seja, o processo é devolvido para uma nova apreciação do juízo “ad quem” se for deferido o pedido de apelação, já na apelação de sentença do Tribunal do Júri nessa apreciação assume um caráter restritivo, onde não há devolução do conhecimento pleno da causa, e isso limita o tribunal de apelação a um conhecimento dito pela letra de lei.

Deve-se levar em consideração com entendimento em sua natureza que não há devolução a instância superior. Isso acontece por causa de que as decisões do Tribunal do Júri são garantidos constitucionalmente, tornando impossível interferências em seu conteúdo.

Pois nossa Constituição Federal prevê a soberania do Tribunal do Júri em seus vereditos, mais especificamente em seu art. 5º XXXVIII, “c”.

Se o tribunal “*ad quem*” der provimento a uma alegação de nulidade com base no art. 593, III “a”, todos os atos serão anulados para que aconteça uma renovação no juízo “*a quo*”, até que estejam aptos para um novo julgamento. Levando-se em consideração que esse procedimento não fere o princípio constitucional da soberania da Tribunal do Júri, pois o julgamento teve um vício, de modo que os atos anteriores tem que ser anulados. Dessa forma não houve mudança da sentença, mas sim declaração de sua inexistência no mundo jurídico.

6 DOS PRAZOS

No Código de Processo Penal, em seu art. 593, “*caput*”, estabelece o prazo para interposição do recurso de Apelação, que é de 5 (cinco) dias e 8 (oito) dia para apresentar as razões, contados a partir da intimação. E nos casos de competência do tribunal do júri, ou do juiz singular o prazo começa a contar do momento que é prolatada a sentença.

Levando-se em consideração, que mesmo entrando com recurso no prazo estabelecido, e o cartório venha dar juntada em data posterior, o que vale é a data em que foi dada entrada no cartório, com fundamento nas sumulas 320 e 428 do Superior Tribunal de Justiça.

7 PROCEDIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

No procedimento do recurso de Apelação encontraremos duas fases de desenvolvimento. A primeira é realizada pelo juízo “*a quo*” e a segunda pelo juízo “*ad quem*”.

Na primeira fase, que é a do juízo “*a quo*” acontece o momento da “interposição” do recurso, podendo o apelante se utilizar de formas

diversas de argumentação, mas com consistência para que demonstre claramente seu inconformismo com o julgamento. Assinado o termo de Apelação, pelo apelante e depois pelo apelado, eles terão o prazo de 8 (oito) dias cada um para oferecer as razões.

E nas razões estarão as fundamentações que ensejaram necessidade de uma nova apreciação da lide.

A segunda fase passa pelo crivo do juízo “*ad quem*”. Dessa forma quando a apelação preenche os requisitos de admissibilidade na primeira instância com apresentação do recurso e das razões, e em seguida as contra-razões. Em seguida os autos são remetidos à segunda instância com fundamento no art. 601, “*caput*” do Código de Processo Penal.

Remetidos os autos para o tribunal de apelação, logo em seguida é feito um novo juízo de admissibilidade, sendo procedente segue para um novo julgamento.

CONCLUSÃO

Pôde-se observar a grande gama de recursos que o nosso sistema processual penal possui, com a finalidade de proporcionar um julgamento justo às lides que acontecem no mundo jurídico. Os recursos buscam reexaminado algo que ficou em duvida, obscuro principalmente quando se trata de uma decisão desfavorável ao réu.

Levando em consideração que o ser humano é falho e em uma decisão inicial ou de primeira instância poderia causar prejuízo, surge aí à figura a figura do juízo “*ad quem*”, onde são tomadas as decisões em relação aos recursos a ele direcionados.

Conclui-se que o recurso de Apelação tem a finalidade jurídica de reexaminar total ou parcialmente o mérito. Sendo um ato voluntario da

parte sucumbida, e a mesma não pode ter sua situação agravada em razão do recurso interposto por ele.

Devem existir normas de conduta claras sobre o relacionamento entre a organização pública e o particular, e as condições do serviço e política de administração dos recursos da instituição devem promover uma conduta ética e de boa fé.

REFÊRENCIAS

ALOÉ, Marcelo Martins. **Direito Versus dever Tributário: Colisão de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PASSOS, J. J de Calmon. **Direito, Poder, Justiça e Processo. Julgando os que nos Julgam**. Editora: Forense. Ed. 4ª. Rio de Janeiro. 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**; São Paulo, 1995. 3. Ed. atual.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1996.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme Teoria dos Jogos**: ed. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

A Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial retorna ao debate: O reconhecimento do fandango Ticumbi como Patrimônio Cultural Capixaba

Tauã Lima Verdan Rangel¹

Resumo: O objetivo do presente é discorrer, de maneira superficial, acerca do fandango Ticumbi, na condição de patrimônio cultural imaterial, e sua representatividade no cenário capixaba. Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural Imaterial. Formas de Expressão. Fandango Ticumbi. Tutela Jurídica.

¹ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especializando em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Ponderações à Proeminência do Instituto do Registro como mecanismo de preservação dos Bens Culturais Imateriais: Singelas Explicitações; 5 A Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial retorna ao debate: O reconhecimento do fandango Ticumbi como Patrimônio Cultural Capixaba

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é*

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação"⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *"Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas"*⁵. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de

⁴ VERDAN, 2009, s.p.

⁵ BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade⁶. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”⁷.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível⁸.

⁶ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

⁸ Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N.º 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N.º 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão

Cuida reconhecer, dessa maneira, que os direitos encampados sob a rubrica da terceira dimensão guardam íntima relação com a promoção da solidariedade, dispensando atenção ao ideário de unidade de indivíduos, considerados enquanto coletividade e não isoladamente. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”*⁹. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981¹⁰, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante Silva, é possível considerar o meio ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*¹¹.

Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

¹⁰ BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores,

Nesta senda, ainda, Fiorillo¹², ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal¹³.

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos

2009, p.20.

¹² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”¹⁴. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988¹⁵ está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade¹⁶.

¹⁴ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

¹⁵ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural -

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social. Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem

Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das*

*populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*¹⁷. Desta maneira, é possível ponderar que a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”*¹⁸. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

¹⁷ BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 29 mar. 2015, p. 15-16.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”¹⁹. Ora, cuida reconhecer que esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. “O *patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é*

¹⁹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

*constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*²⁰, decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²¹, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo²², em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo²³, que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Ao lado do exposto, necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Ponderações à Proeminência do Instituto do Registro como mecanismo de preservação dos Bens Culturais Imateriais: Singelas Explicações

²⁰ BROLLO, 2006, p. 33.

²¹ BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

²² BROLLO, 2006, p. 33.

²³ FIORILLO, 2012, p. 80.

Cuida anotar que o registro do bem cultural de natureza imaterial, para ser considerado válido e legítimo, reclama harmonia com o ordenamento jurídico vigente. Com efeito, o Texto Constitucional consagra em seu bojo a definição acerca de quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro, estabelecendo, por via de consequência, as normas de proteção a esse patrimônio, consoante afixa a redação do artigo 216²⁴. É verificável que o dispositivo em comento faz expressa referência aos bens portadores de identidade, ação e memória dos diferentes grupos da sociedade brasileira. Desta feita, é possível salientar, oportunamente, que a Carta de Outubro de 1988 não estrutura a sociedade brasileira como um todo homogêneo, mas como uma sociedade multifacetada, constituída por diferentes grupos, cada um portador de identidades e de modos de criar, fazer e viver específicos.

Com efeito, o posicionamento é dotado de proeminência na medida em que o Texto Constitucional, com clareza solar, sublinha que o seu interesse não está centrado apenas em proteger objetos materiais que gozem valor acadêmico, mas também os bens de natureza material ou imaterial portadores de referência à identidade de cada grupo formador da sociedade brasileira. Ora, cada um dos diversos grupos, assim como seus modos de fazer, criar e viver, é objetivo de proteção conferida pelo Ente Estatal. Ao lado disso, a Carta de 1988 apresenta característico forte os ideais republicanos e democráticos, refletindo em toda s as matérias nela versadas esses corolários, até mesmo porque estrutura -se como escopo fundamental entalhado na Constituição o de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. Desta feita, a concepção em testilha informa a maneira por meio da qual o Estado deve proteger e promover a cultura. Ademais, ao tratar da política cultural e da democracia cultural, José Afonso da Silva assinala:

A questão da política cultural está exatamente no equilíbrio que se

²⁴ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2013: **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: **I** - as formas de expressão; **II** - os modos de criar, fazer e viver; **III** - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; **IV** - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; **V** - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

há de perseguir entre um Estado que imponha uma cultura oficial e a democracia cultural. A concepção de um Estado Cultural no sentido de um Estado que sustente uma cultura oficial não atende, certamente, a uma concepção de democracia cultural. A Constituição, como já deixamos expresso antes, não deixa dúvidas sobre o tema, visto que garante a liberdade de criação, de expressão e de acesso às fontes da cultura nacional. Isso significa que não pode haver cultura imposta, que o papel do Poder Público deve ser o de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se funda nos critérios de igualdade. A democracia cultural pode-se apresentar sob três aspectos: por um lado, não tolher a liberdade de criação, expressão e de acesso à cultura, por qualquer forma de constrangimento ou de restrição oficial; antes, criar, condições para a efetivação dessa liberdade num clima de igualdade; por outro lado, favorecer o acesso à cultura e o gozo dos bens culturais à massa da população excluída²⁵.

Nesta linha, ainda, cuida mencionar que a ação cultural pública se apresenta como absolutamente imprescindível à democratização da cultura, sendo considerada como o procedimento que propicia a convergência e o alargamento do público, tal como a extensão do fenômeno de comunicação artístico, consoante o ideário de que a política cultural é, juntamente com a política social, um dos modos utilizados pelo Estado contemporâneo para assegurar sua legitimação, ou seja, para oferecer como um Estado que vela por todos e que vale para todos. Ao lado disso, em razão da proteção cultural se fazer conjuntamente com o Estado e a sociedade, pode-se destacar que o Texto Constitucional afixou que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, lançando mão, para tanto, de inventários, registros e tombamentos, além de outras formas de acautelamento e preservação.

Infere-se que, dentre os instrumentos previstos para se proteger os bens culturais brasileiros, encontra-se o instituto do registro, cuja regulamentação se dá pelo Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²⁶, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 209-210.

²⁶ BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

outras providências. Imperioso se faz assinalar que a criação do instituto do registro está vinculada a diversos movimentos em defesa de uma compreensão mais ampla no que se refere ao patrimônio cultural brasileiro. “No Brasil, a publicação do Decreto 3.551/2000, insere-se numa trajetória a que se vinculam as figuras emblemáticas de Mário de Andrade e de Aloísio Magalhães, mas em que se incluem também as sociedades de folcloristas, os movimentos negros e de defesa dos direitos indígenas”²⁷, como bem observa Maria Cecília Londres Fonseca. Igualmente, o instituto em comento reflete as reivindicações dos grupos de descendentes de imigrantes das mais diversas procedências, alcançando, desta maneira, os “excluídos” do cenário do patrimônio cultural brasileiro, estruturada a partir de 1937.

Nesta esteira, evidencia-se que o registro tem por finalidade reconhecer e valorizar bens da natureza imaterial em seu processo dinâmico de evolução, viabilizando uma apreensão do contexto pretérito e presente dessas manifestações em suas distintas versões. Márcia Sant’Anna, ao discorrer acerca do instituto em comento, coloca em realce que “*não é um instrumento de tutela e acautelamento análogo ao tombamento, mas um recurso de reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial, que pode também ser complementar a este*”²⁸. Ora, neste cenário, o registro corresponde à identificação e à produção do conhecimento acerca do bem cultural de natureza imaterial, equivalendo a documentar, pelos meios técnicos mais adequados, o passado e o presente dessas manifestações, em suas plurais facetas, possibilitando, a partir de uma fluidez das relações, o amplo acesso ao público. Nesta perspectiva, o escopo é manter o registro da memória dos bens culturais e de sua trajetória no tempo, eis que este é o mecanismo apto a assegurar a sua preservação.

Em razão da dinamicidade dos processos culturais dinâmicos, as mencionadas manifestações desbordam em uma concepção de preservação diversa daquela da prática ocidental, não podendo ser alicerçada em seus

²⁷ FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla do patrimônio cultural in: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 62.

²⁸ SANT’ANNA, Márcia. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização in: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 52.

conceitos de permanência e autenticidade. Os bens culturais de natureza imaterial, a partir do esposado, são emoldurados por uma dinâmica de desenvolvimento e transformação que não pode ser engessado nesses conceitos, sendo mais importante, nas situações concretas, o registro e a documentação do que intervenção, restauração e conservação. Acrescente-se, ainda, que os bens escolhidos para registro serão inscritos em livros denominados: **(i)** Livro de registros dos saberes, no qual serão registrados os conhecimentos e modo de fazer; **(ii)** Livro das formas de expressão, o qual conterà as manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; **(iii)** Livro dos lugares, no qual se inscreverá as manifestações de espaços em que se concentram ou mesmo reproduzem práticas culturais coletivas; e, **(iv)** Livro das celebrações, no qual serão lavradas as festas, rituais e folguedos, consoante afixa o Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²⁹.

5 A Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial retorna ao debate: O reconhecimento do fandango Ticumbi como Patrimônio Cultural Capixaba

Em sede de apresentação, insta assinalar que o ticumbi materializa um folguedo existente no norte do estado do Espírito Santo, em especial na cidade de Conceição da Barra, há mais de duzentos anos, sendo que, a cada ano, os grupos elegem um tema, representando, em seus cânticos, os bailados e evoluções. Os passos da brincadeira são coreografados, ao passo que a dramatização do auto é simples, estando assentada em “Reis do Congo” e “Reis de Bamba”, no qual duas majestades negras querem fazer a festa de São Benedito, separadamente. A encenação pauta-se na existência de embaixadas de parte a parte, com desafios atrevidos declamados pelos “Secretários” que desempenham o papel de embaixadores. Por não ser possível qualquer acordo ou conciliação, trava-se a guerra - agitada luta bailada entre os dois rivais.

²⁹ BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.



Figura 01. Figurino do Folgado Ticumbi. Foto: Rogério Medeiros. Disponível em: <<http://portalacapoeira.blogspot.com.br/2011/01/ticumbi-cultura-secular-no-norte-do.html>>. Acesso em 29 mar. 2015.



Figura 02. Figurino do Folgado Ticumbi. Foto: Rogério Medeiros. Disponível em: <<http://portalacapoeira.blogspot.com.br/2011/01/ticumbi-cultura-secular-no-norte-do.html>>. Acesso em 29 mar. 2015.

Como é tradição, o "Reis de Congo" consagra-se vencedor, submetendo o "Reis de Bamba" e seus vassalos ao batismo. O auto termina com a festa em homenagem a São Benedito, quando então, os componentes cantam e dançam o Ticumbi. Verifica-se, claramente, a consagração de um folgado pautado em uma estrutura hierárquica, cujo escopo é promover a narrativa mitológica entre o Rei do Congo, cristão, e o Rei de Bamba, pagão. Cada rei

possui um secretário e ambos possuem corpo de baile composto por dois guias, dois contraguias e número variável de congo, que representam os guerreiros das duas nações. É importante assinalar que, no desenvolvimento do folguedo, um violeiro acompanha a comitiva. Pontuar faz-se carecido que todos se vestem a caráter para a encenação, respeitando um modelo de indumentária. Usam longas batas brancas, rendadas, atravessadas por fitas coloridas. Vestem calças compridas brancas com ou sem frisos vermelhos. Cobrem a cabeça com lenço branco e coroa enfeitada com flores e fitas coloridas. Os reis usam coroas de papelão ornamentadas com papel dourado reluzente (às vezes, usam papel prateado), trazem peitoral espelhado com flores brilhantes e capa comprida, também florida. Para completar o figurino, carregam longa espada. Os dois secretários também usam capa e espada (o que os diferencia dos congos)³⁰.



Figura 03. Coroa de Flores do Folgado Ticumbi. Foto: Rogério Medeiros. Disponível em: <<http://portalacapoeira.blogspot.com.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.



Figura 04. Coroa de Flores do Folgado Ticumbi. Disponível em: <<http://www.mapadavilaitaunas.com.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

³⁰ ALVARENGA, Luciana. O Ticumbi: imagens e memórias da Vila de Itaúnas. **Artes e Ensaios**, n. 23, nov. 2011, p. 72-79. Disponível em: <http://www.ppgav.eba.ufrj.br/wp-content/uploads/2012/05/ae23_luciana_alvarenga.pdf>. Acesso em 29 mar. 2015, p. 76.

Para apresentar o Ticumbi, o grupo se veste a caráter. Os integrantes usam longas batas brancas e rendadas, com traspasse de fitas coloridas e calças compridas brancas com friso lateral vermelho. A cabeça é coberta por um lenço branco, um vistoso capacete enfeitado de flores de papel de seda e fitas longas de várias cores. Os reis usam coroas de papelão, ricamente ornamentadas com papel dourado ou prateado, peitoral vistoso com espelinhos e flores de papel brilhante, capa comprida, e, na mão ou na cinta, longa espada. O ritmo das encenações é regido por pandeiros e chocalhos de lata, chamados de "ganzás" ou "canzás". A viola dá o tom no momento que os guerreiros cantam. Ao lado disso, uma dos aspectos mais interessantes dessa manifestação é sua função de jornal narrado e atualizado da localidade em que está inserido. Como parte dos versos se modifica a cada ano, o mestre do ticumbi se utiliza desse trecho da apresentação para informar à comunidade local assuntos do passado ou da atualidade que ele considera relevantes.

Ademais, verifica-se que o ticumbi retrata temas de interesse local ou até mesmo de âmbito nacional ou internacional. *“É por intermédio dos reis, de seus secretários e do corpo de baile que os principais discursos – de ancestralidade, da vila antiga e da vila nova, da relação com o lugar, de identidade e de anseios da comunidade – são expressos em praça pública”*³¹. É importante destacar que o ticumbi é processo vivo e paradoxal, pois simultaneamente mantém e recria o passado, trazendo para dentro de seu enredo as histórias antigas e atuais da região. Denota-se, portanto, que o folguedo em exame materializa verdadeira expressão do patrimônio cultural imaterial regional, porquanto permite um diálogo imprescindível as tradições consolidadas, as quais externalizam as diversificadas manifestações locais. O ticumbi é elaborado através de meios essenciais e existentes de sustentação da sobrevivência dos acontecimentos da vila antiga, pois envia ao cenário da imortalização que há em seus afetos e em sua memória. Além disso, estabelece um claro resgate das tradições estruturantes da população local, subsumindo verdadeiro elemento de afirmação da cultura imaterial.

³¹ ALVARENGA, 2011, p. 76.

Referência:

ALVARENGA, Luciana. O Ticumbi: imagens e memórias da Vila de Itaúnas. **Artes e Ensaios**, n. 23, nov. 2011, p. 72-79. Disponível em:

<http://www.ppgav.eba.ufrj.br/wp-content/uploads/2012/05/ae23_luciana_alvarenga.pdf>. Acesso em 29 mar. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____. **Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/>>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 29 mar. 2015

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla do patrimônio cultural *in*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 29 mar. 2015.

SANT'ANNA, Márcia. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização *in*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 29 mar. 2015.