

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 492

(ano VII)

(01/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina): 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

COLONISTA DO DIA



01/12/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [A interposição de recurso ordinário constitucional e a capacidade postulatória](#)

ARTIGOS

01/12/2015 Erika Souza Corrêa Oliveira

» [\(Im\)possibilidade de prisão civil na execução de obrigação de fazer](#)

01/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [A legitimidade ativa do Ministério Público para defender beneficiários do DPVAT: a queda da Súmula 470 do STJ](#)

01/12/2015 Mathews Francisco Rodrigues de Souza do Amaral

» [Regime diferenciado de contratações e a Lei Nº 13.190/15](#)

01/12/2015 Karina Medeiros de Abreu

» [Da aplicação da imprescritibilidade do direito do absolutamente incapaz previsto no artigo 198, I, do CC/02 ao Direito Tributário - confronto entre capacidade civil e capacidade tributária](#)

01/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Carta de Washington \(1986\): Tessituras à Proeminência na Salvaguarda do Patrimônio Cultural](#)

01/12/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [O ônus da prova na Justiça do Trabalho](#)

A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL E A CAPACIDADE POSTULATÓRIA

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 de várias obras jurídicas.

Segundo decidiu a 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, *"embora seja possível que qualquer indivíduo impetre Habeas Corpus em seu próprio favor ou no de outra pessoa, a regra não se estende à interposição do respectivo recurso ordinário."*

Para a Turma, o Recurso Ordinário Constitucional em Habeas Corpus deve ser interposto por advogado com procuração nos autos. Caso contrário, *"deve ser aplicada, por analogia (sic), a Súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca reforçou que a procuração é um requisito formal, que deve acompanhar a petição do recurso. Seguindo o voto do relator, a Turma considerou o recurso inadmissível."*^[1]

Errou o Superior Tribunal de Justiça ao aplicar a analogia **in malan partem** em Processo Penal. É bem verdade que a lei processual penal admite, na sua interpretação, a aplicação

analógica, conforme se extrai dos termos do art. 3º. do Código de Processo Penal. Por outro lado, também é certo que o Enunciado 115 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "*na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*"

Nada obstante, inaceitável a utilização deste Enunciado em sede de Recurso Ordinário Constitucional contra decisão que denegou uma ordem de Habeas Corpus, tendo em vista a natureza da ação penal referida, sobretudo uma garantia constitucional.

É sabido que o recurso à analogia é sempre legítimo quando "*estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos*", na lição de Miguel Reale.^[2]

É de Tércio Sampaio Ferraz Jr. este outro ensinamento: "*Via de regra, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada facti species, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança.*"^[3]

A propósito, é de Paulo Queiroz o seguinte texto:

*"É comum dar-se à analogia, no direito e fora dele, tratamento secundário, por se pressupor, em geral, que o meio mais apropriado para a interpretação/aplicação do direito é a subsunção, em nome da segurança jurídica principalmente. Afirma-se assim que a analogia só é admitida no direito penal quando for para beneficiar o réu (**in bonam partem**), jamais para prejudicá-lo (**in malam partem**); distingue-se ainda analogia de interpretação analógica, que seriam institutos*

distintos. Ocorre, no entanto, que, se, conforme vimos, um conceito surge da postulação de identidade de coisas não idênticas, força é convir que a analogia não constitui um elemento accidental, mas essencial ao conhecimento, porque os juízos sobre o belo, o justo ou o legal são construídos em verdade a partir de comparações, de analogias, isto é, recorrendo-se, conscientemente ou não, a experiências (sempre novas) de beleza, de justiça e de legalidade, uma vez que algo é belo, justo ou legal em relação (comparação) a alguma outra coisa. Nossos juízos de valor são juízos analógicos. Significa dizer que a analogia está assim subjacente a nossos juízos éticos, estéticos, jurídicos etc., ainda quando dele não nos apercebemos, de modo que, quando afirmamos, por exemplo, que algo ou alguém é bom ou ruim, partimos sempre de nossas referências/experiências (permanentemente em mutação) sobre tais assuntos; e se eventualmente somos questionados ou contestados sobre o juízo que expressamos a esse respeito, não raro dizemos que “não tem comparação”, “é incomparável”, “não há nada igual” etc. Exatamente por isso, isto é, formamos nossos juízos a partir de experiências analógicas, é que, com frequência, o que antes julgávamos belo ou justo julgamos agora feio ou ultrapassado ou injusto e vice-versa. É que mudam nossos objetos de comparação, mudam as nossas experiências, mudam os nossos juízos sobre as coisas, mudamos enfim nós mesmos. Naturalmente que isso não significa que coisas antigas se tornem necessariamente

piores ou desinteressantes com o passar do tempo, embora possam se tornar ultrapassadas (v.g., arquitetura, veículos etc). Mas a analogia é essencial ao conhecimento, jurídico em especial, por um outro motivo: ao recorrerem, na fundamentação de suas decisões, a precedentes judiciais ou doutrina, juízes e tribunais, a pretexto de fazerem subsunção, se valem em realidade de analogia, pois as situações em comparação nunca são idênticas, mas mais ou menos semelhantes. Dito de outro modo: os precedentes e situações a que se referem nunca são absolutamente iguais nem absolutamente desiguais, e sim, mais ou menos análogos; e quando as semelhanças prevalecem sobre as dessemelhanças – e isso requer um juízo de valor sempre questionável -, damos-lhe tratamento unitário; caso contrário, damos-lhe solução diversa. Exemplo: o fato de alguém se assenorear de coisa alheia se assemelha ao furto, à apropriação indébita, ao estelionato etc.; se julgamos que, comparado a outros tantos casos similares, o mais adequado é considerá-lo como uma forma de furto é porque as suas características o aproximam mais deste do que dos outros tipos legais de crime. (...) Mas não só juízes e tribunais recorrem, explícita ou implicitamente, à analogia. Com efeito, também o legislador dela se vale, porque a feitura de uma lei é um processo de equiparação entre a ideia de direito e as possíveis futuras situações da vida, sendo que a determinação do direito é um processo de equiparação entre a norma legal e a situação de fato real. Por fim, não faz sentido falar

de interpretação analógica, por se tratar de mais um caso de analogia."^[4]

Trata-se de método interpretativo de aplicação inaceitável em Processo Penal, quando **in partem peiorem** ("contra o réu", em relação ao qual, aliás, presume-se a inocência). Em Direito Processual Penal só se aplica a analogia para beneficiar o réu, nunca o contrário!

Também errou a Corte Superior, pois não atentou para um precedente do Supremo Tribunal Federal que se aplicaria ao caso perfeitamente.

Com efeito, por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que o recurso de Agravo Regimental contra decisão que rejeitou Habeas Corpus pode ser interposto pelo próprio acusado, sem a necessidade de ser representado por advogado. A questão foi no julgamento do Habeas Corpus nº. 123837. Neste recurso, o paciente questionou exatamente decisão do Superior Tribunal de Justiça que não reconheceu sua capacidade postulatória para apresentar recurso. Segundo o relator da matéria, Ministro Dias Toffoli, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em não admitir a interposição de Agravo Regimental em sede de Habeas Corpus, pelo condenado que não detém capacidade postulatória, está em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: *"É firme a jurisprudência da Corte no sentido de que, em sede de habeas corpus, o fato de a parte não possuir capacidade postulatória não impede o conhecimento do agravo regimental"*, citando como precedentes os Habeas Corpus nºs. 102836, 84716 e 73455.

O Ministro Dias Toffoli considerou que *"se o condenado pode o mais, que é propor o Habeas Corpus, então pode pedir ao colegiado a análise o agravo"*. Ao participar do julgamento, o Ministro Luiz Fux observou que a capacidade postulatória existe em favor do autor do pedido, a fim de que ele não se prejudique, *"mas no caso ele teve aptidão sozinho de postular o recurso"*. A decisão da Turma foi unânime.

Ora, **mutatis mutandis**, se não é necessário para o recurso de Agravo Regimental, por que seria para o Ordinário Constitucional, se ambos são recursos, meios processuais de impugnação de uma decisão?

De toda maneira, a decisão do Superior Tribunal de Justiça fez tabula rasa da garantia constitucional do Habeas Corpus. Como se sabe, **o habeas corpus** deve ser necessariamente conhecido e concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, pois se visa à tutela da liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: **ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque**. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida “*contraquem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir.*”^[5]

Para Celso Ribeiro Bastos “*o habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal.*”^[6]

Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o **habeas corpus**, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.

Por fim, registro o e-mail enviado a mim pelo Professor peruano Luis Alberto Pacheco Mandujano^[7], ao tomar conhecimento da decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu o Agravo Regimental contra decisão que rejeitou Habeas Corpus:

"Querido maestro, buenas tardes e muchas gracias por el envío de este interesante artículo

que da cuenta de una toma de decisión que implica el avance en la protección de los derechos fundamentales más sagrados de la persona humana y que desecha la aplicación de formalismos torpes, como el de la exigencia de la firma de un abogado a la hora de presentar un Recurso de Agravio. En el Perú, la legislación para el caso del hábeas corpus indica que no se necesita de la firma de un abogado para ningún acto procesal en este proceso de garantía constitucional. Es decir, ni la demanda necesita de la firma de un abogado. Es por esa razón que los procesos de hábeas corpus son bastante céleres en mi país, incluso hasta para llegar al Tribunal Constitucional, desde la primera instancia. (...) Lástima enorme me produce recibir esta noticia que, leyéndola como viene, me hace pensar que las semejanzas entre nuestros países, en América Latina, no sólo se da en función de la cultura y la historia, sino hasta en la forma tan común de hacer corrupción y violar los derechos humanos. ¿Hasta cuándo soportará esto América Latina? Sigamos coordinando. En mí cuentas con un apasionado estudioso del Derecho. Abrazo fraterno."

Notas:

[1] <http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/recurso-hc-ato-privativo-advogado-exige-procuracao>

[2] Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19^a. ed., 1991, p. 292.

[3] Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo: Atlas, 2^a. ed., 1994, p. 300.

[4] <http://pauloqueiroz.net/direito-e-analogia/>

[5] História e Prática do **Habeas Corpus**, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39.

[6] Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312.

[7] Gerente General da Abad Consultores Asociados S.A.C., Lima, Perú: www.abadconsultores.com / www.luispachecomandujano.blogspot.com

(IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL NA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

ERIKA SOUZA CORRÊA OLIVEIRA: Advogada; Defensora Dativa da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado da Bahia; Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia - UFBA; Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-UNIDERP.

RESUMO: Este artigo analisa a possibilidade ou não do pedido e deferimento da prisão civil na execução da obrigação de fazer. A prisão civil é permitida no ordenamento jurídico brasileiro e tem base na Constituição Federal. Porém, tal coerção possui caráter excepcional e é prevista em hipóteses específicas.

Palavras-chave: Processo civil. Execução de obrigação de fazer. Prisão Civil.

ABSTRACT: This article examines the possibility or not to application and request of the civil prison in the obligation to do. Civil imprisonment is allowed in the Brazilian legal system and is based on the Federal Constitution. But such coercion has exceptional character and is scheduled in specific cases.

Keywords: Civil lawsuit. Execution of obligation to do. Civil Prison.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 (IM)POSSIBILIDADE) DA PRISÃO CIVIL; 3 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O conceito, ou seja, a designação de características básicas de um objeto de estudo, é essencial para compreensão da matéria. Sob este viés, define-se processo como “o procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica processual”^[1]. O processo é classificado conforme a tutela jurisdicional visada e pode ser de conhecimento, cautelar e executivo. A execução diferencia-se do processo cautelar e do processo de conhecimento pois nela

não há decisão acerca do direito invocado. Sua vocação é a satisfação do crédito ou da obrigação exequenda, com adoção de providências concretas.

A par da divisão da execução em título judicial e título extrajudicial, é possível citar a execução de entrega de coisa, execução de obrigação de fazer e não fazer e execução de quantia certa. Especificamente quanto à obrigação de fazer, o devedor é instado a realizar uma prestação positiva. Diferente do passado, o sistema jurídico atual prioriza a entrega de tutela específica, concedendo ao credor o exato bem da vida pleiteado. A conversão da obrigação de fazer em perdas e danos é a *ultima ratio*, ante a impossibilidade do cumprimento da obrigação originária ou caso seja a melhor opção para o credor.

A prioridade no suprimento específico da necessidade material posta em juízo é visualizada através da citação do executado para satisfação da obrigação de fazer, e não para quitação de valor. Tratando-se de obrigação fungível, pode ser satisfeita por terceiros, e, ultrapassado *in albis* o prazo do executado para seu cumprimento, é dado ao credor pedir a satisfação da obrigação às expensas daquele[2]. Mas, existem obrigações infungíveis, que somente podem ser prestadas pelo próprio devedor, sendo que a crise de inadimplemento pode ser solucionada por *astreintes* ou outras medidas.

O novo Código de Processo Civil dispõe, no art. 139, inciso IV, dever genérico do magistrado de concessão de medidas indutivas e coercitivas, para efetivação de ordem legal[3], incluídas aí as prestações pecuniárias. Logo, na sistemática do Código de Processo Civil atual, como no novo, é possível aplicar medidas que pressionem o executado ao adimplemento da obrigação de fazer. Mas, é imprescindível a compatibilidade da medida adotada com a sistemática jurídica vigente.

2 (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL

Enquanto as obrigações de pagar quantia certa e de entregar coisa se resolvem de forma patrimonial, na execução de obrigação de fazer e não fazer exige-se um comportamento do devedor[4]. Porém, a conduta pode não ser voluntária, muito menos espontânea, exigindo estímulo à sua realização através de medidas coercitivas impostas pelo juízo.

A prisão civil era suscitada como ato idôneo a forçar o devedor ao adimplemento da obrigação de fazer, a exemplo do depositário infiel que poderia sofrer restrição à liberdade[5]. Predominava o entendimento, na prática, da constitucionalidade da prisão, pois o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal proíbe prisão civil, salvo do depositário infiel e do devedor inescusável de alimentos[6]. Ora, se o dispositivo expresso da Constituição permite, em casos excepcionais, a prisão civil, não haveria óbice para sua imposição como medida atípica de execução de obrigação de fazer. Persistindo dúvida quanto ao tempo de sua duração e se ela supriria ou não a obrigação em si.

Todavia, firmou-se entendimento no sentido da impossibilidade da prisão civil, exceto do devedor inescusável de alimentos. É que, existiram vozes, principalmente no campo do Direito Constitucional e do Direito Internacional, sustentando a inconstitucionalidade superveniente da prisão civil em qualquer hipótese, salvo do devedor de alimentos, em razão do Brasil se submeter ao Pacto de São José da Costa Rica.

O Pacto de São José da Costa Rica é tratado internacional, subscrito pelo Brasil, que proíbe prisão civil, salvo na hipótese do devedor indesculpável de alimentos. Assim, sendo norma de direitos humanos, o diploma ingressaria na ordem jurídica pátria como norma constitucional, revogando a parte final do inciso LXVII do art. 5º. Isto porque, o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal ensina que os direitos e as garantias ali expressos não excluem outros oriundos de convenções internacionais[7]. Ou seja, o rol de direitos fundamentais não se restringe àqueles elencados no art. 5º da Constituição.

A tese que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal foi outra. Para a Corte não houve revogação da parte final do inciso LXVII do art. 5º pelo Pacto de São José da Costa Rica, pois, embora o tratado disponha sobre direitos humanos, não ele tem status constitucional. É que, para tanto, precisaria que fosse aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Este é o quórum qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, que equivale as emendas constitucionais.

Por outro lado, o Supremo firmou-se no sentido de que o Pacto de São José da Costa Rica tem eficácia paralisante das leis infraconstitucionais, assim somente cabível a prisão civil na hipótese do devedor de alimentos, já que a única prevista no tratado^[8]. Portanto, não é possível prisão civil na execução de obrigação de fazer, porque a única hipótese do encarceramento civil é do devedor inescusável de alimentos.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que, embora seja possível a adoção de medidas atípicas para coagir do executado ao cumprimento de sua obrigação, especialmente em se tratando de obrigação infungível, não é legal a imposição de prisão civil, já que há entendimento firme do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a única prisão civil cabível é do devedor inescusável de alimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Método, 2012.

Notas:

[1] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Processo Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 144.

[2] Art. 633, CPC/1973: Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização.

[3] Art. 139, NCPD: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[4] Theodoro Jr., *Processo*, n. 161, p. 217-218, *apud* Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2012. p. 983

[5] Execução fiscal. Depositário infiel. Não-apresentação dos bens. Alienação de cotas sociais sem prévia autorização judicial e após a nomeação como depositário. Caracterizada a infidelidade. Legalidade da prisão civil. (STJ. RHC 16541/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 16/12/2004, 2T, DJe 02/05/2005).

[6] Art. 5º, LXVII, CF: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

[7] Art. 5º, § 2º, CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[8] SV 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DEFENDER BENEFICIÁRIOS DO DPVAT: A QUEDA DA SÚMULA 470 DO STJ

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: A Súmula 470/STJ afirma o seguinte: “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado”. Este entendimento restou superado em razão da nova orientação firmada pelo Plenário do STF no RE 631111 GO, julgado em setembro de 2014. Neste artigo, nos dedicaremos a esclarecer os fundamentos da nova orientação do STF.

Sumário: 1. O que é o seguro DPVAT? 2. A jurisprudência fixada na Súmula 470 do STJ. 3. A superação da Súmula 470 do STJ. Conclusão. Notas.

1. O que é o seguro DPVAT?

Criado na década de 70, o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT) tem a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, não importando de quem seja a culpa dos acidentes. O seguro é útil em vários tipos de acidente e até pedestres têm direito a usá-lo.^[1]

O DPVAT é um seguro de contratação obrigatória - por força da Lei 6.194/1974 - para toda a população que utiliza veículos automotores e vincula apenas a empresa de seguro e o segurado. Trata-se de uma relação de natureza particular e disponível, pois vincula apenas a empresa de seguro e o segurado. Tanto é assim que, na ocorrência de um sinistro, o beneficiário pode deixar de requerer a cobertura ou dela dispor como bem entender.

2. A jurisprudência fixada na Súmula 470 do STJ

A jurisprudência do STJ se firmou o entendimento de que o fato da contratação do seguro ser obrigatória e atingir a parte da população que se utiliza de veículos automotores não lhe confere a

característica de indivisibilidade e indisponibilidade, nem sequer lhe atribui a condição de interesse de relevância social a ponto de torná-la defensável via da ação coletiva proposta pelo Ministério Público.

Em outras palavras, faltaria ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o recebimento pelos particulares contratantes do DPVAT de complementação de indenização na hipótese de ocorrência de sinistro, visto que se trataria de ***direitos individuais particulares e disponíveis***, cuja defesa seria própria da advocacia.^[2]

Este entendimento deu origem ao enunciado sumular n. 470 do STF em 2010. Verbis:

Súmula 470: O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.

3. A superação da Súmula 470 do STJ

A Súmula 470 do STJ restou superada em virtude do entendimento firmado pelo Plenário do STF no RE 631111 GO, julgado em 6 e 7.8.2014. O caso concreto cuidava de seguradora que, por cerca de 20 anos, teria pago o prêmio do seguro DPVAT a menor, atingindo extenso grupo de pessoas. O Colegiado entendeu que, no caso em tela, a demanda referia-se a ***direitos individuais homogêneos*** – isto é, um conjunto de direitos subjetivos individuais, divisíveis, com titulares identificados ou identificáveis, assemelhados por um núcleo de homogeneidade.

Conforme explicou o eminente Ministro Teori Zavascki:

“O núcleo de homogeneidade dos direitos homogêneos é formado por três elementos das normas jurídicas concretas neles subjacentes: os relacionados com (a) a existência da obrigação (an debeat = ser devido), (b) a natureza da prestação devida (quid debeat = o que é devido) e (c) o sujeito passivo (quis debeat = quem deve) comum. A identidade do sujeito ativo (cui debeat = a quem é devido) e a sua

específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz respeito ao quantum debeat (= quantidade devida), se for o caso, são elementos pertencentes a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade.”

A respeito dos direitos individuais homogêneos, o Ministro destacou seguinte:

“(...) os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. O qualificativo é destinado a identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que propicia, embora não imponha, a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente destes (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados ou pelo menos determináveis), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria (e,

por isso, suscetíveis também de tutela individual). Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. (...) Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua tutela.”

De fato, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados em juízo pelo próprio titular individual. Não sendo a ação promovida pelo titular do direito, a legitimação para a ação coletiva há de ser autorizada em prescrição normativa específica (CPC, art. 6º).

Na CF/88 temos o art. 129, III, que refere-se a “interesses difusos e coletivos”. Por sua vez, o art. 127 da CF atribui ao Ministério Público incumbência de defender “interesses sociais”.

Confira:

CF/88. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: ... III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

CF/88. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Neste cenário, surge a seguinte indagação: a circunstância de serem homogêneos, e, como tais, aptos a serem tutelados judicialmente em forma coletiva, seria razão suficiente para considerar os direitos individuais como “interesses sociais” e, assim, conferir ao Ministério Público legitimidade para defendê-los em juízo?

Inicialmente, é preciso destacar que há certos interesses individuais – de pessoas privadas ou de pessoas públicas – que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade em seu todo. É o que ocorre com os direitos individuais homogêneos.^[3]

Nesses casos, considerando que a tutela dos direitos individuais é pressuposto para a tutela do interesse social subjacente, a legitimação do Ministério Público para defendê-los é inegável, independentemente de previsão normativa ordinária, pois que albergada no art. 127 do texto constitucional.

Dito de outro modo: a legitimidade do Ministério Público para tutelar em juízo direitos individuais homogêneos se configura porque a lesão a esses direitos compromete também interesses sociais, com assento no art. 127 da CF. Portanto, o próprio Ministério Público, independentemente de lei específica, pode, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos homogêneos compromete também interesses sociais.

Em suma, os direitos individuais homogêneos são suscetíveis de: a) tutela pelos próprios titulares, em ações individuais, ou b) de tutela coletiva, mediante ação civil coletiva, promovida em regime de substituição processual. Essa possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos por ação civil coletiva ocorre por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais.^[4]

Vale lembrar que as normas processuais e procedimentais que disciplinam a ação civil coletiva em defesa do consumidor (artigos 91 a 100 do CDC da Lei 8.078/90) aplicam-se, por analogia, no que couber, às demais hipóteses de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.^[5]

Retomemos agora o caso concreto julgado pelo Plenário do STF por ocasião do julgamento do RE 631111 GO: tratava-se de seguradora que, por cerca de 20 anos, teria pago o prêmio do seguro DPVAT a menor, a atingir extenso grupo de pessoas que seriam, geralmente, hipossuficientes, razão pela qual o Colegiado entendeu haver interesse social a legitimar a atuação do Ministério Público.

Com efeito, o Plenário do STF firmou o entendimento de que a tutela dos direitos e interesses de beneficiários do seguro DPVAT, nos casos de indenização paga, pela seguradora, em valor inferior ao determinado no art. 3º da Lei 6.914/1974, reveste-se de natureza social (interesse social qualificado), de modo a conferir legitimidade ativa ao Ministério Público para defendê-los em juízo mediante ação civil coletiva, com base no art. 127 da Constituição.

CONCLUSÃO

Segundo o STF, o Ministério Público pode pleitear, em ACP, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado, pois trata-se de demanda referente a direitos individuais homogêneos.

Ora, esta legitimidade do MP para tutelar em juízo direitos individuais homogêneos se configura independentemente de previsão normativa ordinária, pois a lesão a tais direitos compromete também interesses sociais, com base no art. 127 da CF (que atribui ao MP a incumbência de defender “interesses sociais”).

Essa nova orientação do STF, que tornou superada a Súmula 470 do STJ, teve por base o seguinte caso concreto: uma seguradora, por cerca de 20 anos, teria pago o prêmio do seguro DPVAT a menor, a atingir extenso grupo de pessoas que seriam, geralmente, hipossuficientes, razão pela qual o Colegiado entendeu haver interesse social a legitimar a atuação do MP.

Notas:

[1] Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 29/03/2013.

[2] Cf., nesse sentido, dentre outros, o Voto do Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, no REsp 858056 GO, 2ª Seção, DJe 04/08/2008.

[3] Cf., nessa linha, o Voto do Ministro TEORI ZAVASCKI no RE 631111 GO, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014

[4] Cf., nessa mesma linha, BENJAMIN afirma que os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais” (BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. In MILARÉ, Édis (coord). Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. SP: RT, 1995, p. 96 – Citado no Voto do Ministro Teori Zavascki no RE 631111 GO, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 6 e 7.8.2014.

[5] Cf. STJ - Voto do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, no REsp 858056 GO, 2ª Seção, DJe 04/08/2008.

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E A LEI Nº 13.190/15

MATHEWS FRANCISCO RODRIGUES DE SOUZA DO AMARAL: Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direitos Indisponíveis (Faculdade Projeção) e em Direito Constitucional Aplicado (Instituição Faculdade Damásio de Jesus). Professor de Princípios institucionais da Defensoria Pública no curso preparatório para concursos GranCursos.

RESUMO: Com o objetivo de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, foi criado pela Lei nº 12.462/11 um modelo de licitação e contratação diferenciado, ao qual se denominou Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Em 19 de novembro de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.190 que, dentre outras providências, alterou a Lei nº 12.462/11 e estendeu o âmbito de aplicação do regime diferenciado para outras situações, até então eminentemente ligadas às modalidades de licitações previstas na Lei nº 8.666/93. Mas as inovações não ficaram restritas à previsão de novas hipóteses de aplicação do regime diferenciado. A Lei nº 13.190/15, originada a partir da conversão da Medida Provisória n.º 678/2015 em lei, tratou de outros assuntos não previstos na medida provisória em decorrência de emendas parlamentares, o que ensejou a suspensão parcial da eficácia da lei pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Diferenciado de Contratações. RDC. Lei nº 13.190/15. Ampliação de hipóteses. Suspensão da eficácia.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como finalidade analisar o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e as inovações trazidas pela a Lei nº 13.190/15.

Abordaremos inicialmente os aspectos gerais acerca do Regime Diferenciado de Contratações. Buscaremos defini-lo e apresentar suas características, bem como falar sobre as hipóteses de aplicação desse regime diferenciado de licitação e contratação.

Em seguida, trataremos das inovações legislativas promovidas pela Lei nº 13.190/15 acerca do assunto. Falaremos sobre a possibilidade de utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas para solucionar as avenças decorrentes dos contratos celebrados através do Regime Diferenciado de Contratações, notadamente a arbitragem e a mediação.

Por fim, analisaremos a suspensão da eficácia de dispositivos contidos na Lei nº 13.190/15 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do chamado “contrabando legislativo”.

1 – ASPECTOS GERAIS ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC.

Em 2011, a Lei nº 12.462 previu uma nova modalidade de licitação, denominada Regime Diferenciado de Contratações – RDC, objetivando a ampliação e a eficiência nas contratações públicas, bem como a competitividade, além de fomentar a troca de tecnologias e experiências e estimular inovações tecnológicas.

Esses objetivos foram previstos expressamente no §1º do art. 1º, ao disciplinar que o RDC tem por objetivos:

- I. ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

- II. promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III. incentivar a inovação tecnológica; e
- IV. assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Inicialmente, esse método de licitação foi idealizado para facilitar a contratação de produtos e serviços necessários para a realização:

1. dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO);
2. da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
3. de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos acima.

A Lei nº 12.462/11 estabeleceu, para a realização desses eventos, a contratação de forma diferenciada, afastando algumas

diretrizes da Lei nº 8.666/93 (que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências).

No ano seguinte, foi promulgada a Lei nº 12.688/12, que acrescentou novas hipóteses de utilização do Regime Diferenciado de Contratações para a execução de licitações e celebrações de contratos, ou seja, para a realização:

4. das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)
5. das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

É importante esclarecer que a adoção do Regime Diferenciado de Contratações não é obrigatória, mas facultativa. Tanto é verdade que grande parte das contratações relacionadas aos megaeventos esportivos desta década se operou através do regime tradicional de contratação.

2 – INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.190/15.

Em 19 de novembro de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.190 que, dentre outras providências, alterou a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

A referida lei estendeu o âmbito de aplicação do regime diferenciado para outras situações, até então eminentemente ligadas às modalidades de licitações previstas na Lei nº 8.666/93. Possibilitou-se, assim, a licitação e contratação pelo RDC nas hipóteses de:

6. obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;
7. ações no âmbito da segurança pública;
8. obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e

9. contratos a que se refere o art. 47-A (contratos de locação de bens móveis e imóveis firmados pela Administração Pública, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração).

Mas as inovações não ficaram restritas à inserção de novos incisos ao rol contido no art. 1º da Lei nº 12.462/11. O §3º do mesmo artigo fez constar que “além das hipóteses previstas no *caput*, o RDC também é aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia”.

Este parágrafo, contudo, não é de toda novidade. Isso porque a antiga redação do §3º, inserida pela Lei n.º12.722/12, aduzia que “além das hipóteses previstas no *caput*, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino”.

Ou seja, a inovação promovida no §3º foi possibilitar que a licitação de obras e serviços de engenharia relacionadas aos sistemas públicos de pesquisa, ciência e tecnologia seja realizada através do Regime Diferenciado de Contratações.

No tocante às licitações de obras e serviços de engenharia no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, a Lei nº 12.462/11 estabelece que poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- a. inovação tecnológica ou técnica;
- b. possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- c. possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Nesses casos de contratação integrada, o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

Quanto a esse anteprojeto, a Lei n.º 13.190/15 regulamentou os casos em que ele contemple matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado. Nessa hipótese, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante, nos termos do §5º do art. 9º da Lei nº 12.462/11.

Por fim, prestigiando o movimento de expansão dos métodos alternativos de resolução de conflitos, tão discutido atualmente no âmbito jurídico, a Lei n.º 13.190/15 admitiu expressamente a utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas para solucionar as avenças decorrentes dos contratos celebrados através do Regime Diferenciado de Contratações.

Assim, a arbitragem, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa (nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996), e a mediação poderão ser usadas para dirimir conflitos decorrentes da execução desses contratos ou questões a ela relacionadas.

É importante ressaltar que a Lei de Arbitragem sofreu recente alteração promovida pela Lei n.º 13.129/2015, que possibilitou, de forma genérica, a utilização da arbitragem pela Administração Pública quando a lide versar sobre direitos disponíveis. A arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Não menos importante, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, regulamentou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

3 – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA LEI Nº 13.190/15.

A Lei nº 13.190/15 entrou em vigor de forma imediata, sem que houvesse período de *vacatio legis*. Essa previsão constou no seu art. 8º, segundo o qual “esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Contudo, a maioria de suas disposições está com a eficácia suspensa, ou seja, não está produzindo os seus efeitos legais, por força de liminar concedida pelo Ministro Luís Roberto Barroso (STF).

A fundamentação para a suspensão da eficácia dos dispositivos legais é que houve “contrabando legislativo”, prática vedada pelo Supremo Tribunal Federal.

O “contrabando legislativo” consiste no acréscimo de assunto diferente do trazido na medida provisória que tramita junto ao Congresso Nacional. Esse acréscimo se dá por intermédio de emenda parlamentar, o que é proibido, pois a emenda só poderá versar sobre assuntos relacionados à matéria tratada pela medida provisória.

A incompatibilidade do “contrabando legislativo” com a Constituição Federal foi declarada pelo STF na ADI 5127/DF, de relatoria originária da Ministra. Rosa Weber (com relatoria designada posteriormente para o Ministro Edson Fachin), julgada em 15/10/2015, na qual se fez constar que “é incompatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de

pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação”.

A Medida Provisória n.º 678/2015, que precedeu a Lei nº 13.190/15, previa apenas a inserção de dois incisos ao art. 1º da Lei nº 12.462/11, quais sejam, os incisos VI e VII, pelos quais o Regime Diferenciado de Contratações pode ser utilizado nas licitações e contratações envolvendo obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI) e nas ações no âmbito da segurança pública (inciso VII).

Contudo, quando da apreciação da Medida Provisória n.º 678/2015 pelo Congresso Nacional, diversas emendas parlamentares foram apresentadas para inserir vários outros assuntos não abordados pela medida provisória, a exemplo das disposições relacionadas à locação de bens móveis e imóveis pela administração pública e à execução penal. Por essa razão, foi declarada, liminarmente, a suspensão da eficácia desses acréscimos decorrentes de emendas parlamentares.

Por se tratar de decisão liminar, a matéria ainda será levada ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, responsável por confirmar ou não a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

4 – CONCLUSÃO.

A criação de uma nova modalidade de licitação de contratos administrativos foi idealizada em virtude dos megaeventos esportivos previstos para ocorrer no Brasil entre os anos de 2013 e 2016.

Seu implemento decorreu da constatação da incapacidade da Administração Pública de cumprir os cronogramas originais, caso fossem utilizados os modelos licitatórios tradicionais.

Para que houvesse a conclusão das obras e serviços a tempo, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória

n.º 527/2011 e, posteriormente, convertida na Lei nº 12.462/2011. Sua finalidade foi, portanto, acelerar as licitações necessárias à conclusão das obras.

Contudo, paulatinamente, as hipóteses de utilização do RDC têm sido expandidas pelo Legislador que, ampliando o rol de situações excepcionais que admitem essa forma de contratação diferenciada, torna aquilo que era pra ser exceção em algo corriqueiro.

No caso específico da Lei nº 13.190/15, é de se ressaltar que as disposições que não guardem relação com a matéria exclusivamente versada na Medida Provisória n.º 678/2015 tiveram a sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal em sede liminar, pendendo a sua confirmação ou cessação de decisão a ser proferida pelo Plenário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a

Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 12.688, de 18 de julho de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis nos 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.651, de 7 de abril de 2008, 12.024, de 27 de agosto de 2009, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 12.429, de 20 de junho de 2011, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12688.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 12.722, de 3 de outubro de 2012. Altera as Leis nos 10.836, de 9 de janeiro de 2004, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 11.977, de 7 de julho de 2009; dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil; e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12722.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 24/11/2015.

BRASIL. Lei n.º 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nos 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm>. Acesso em 24/11/2015.

DA APLICAÇÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ PREVISTO NO ARTIGO 198, I, DO CC/02 AO DIREITO TRIBUTÁRIO - CONFRONTO ENTRE CAPACIDADE CIVIL E CAPACIDADE TRIBUTÁRIA

KARINA MEDEIROS DE ABREU: Servidora pública Federal - Analista Judiciária - área judiciária - Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar se a capacidade tributária, por ser independente da capacidade civil das pessoas naturais, seria capaz de afastar o princípio da imprescritibilidade dos direitos do absolutamente incapaz, previsto artigo 198, I, do CC/02. O legislador tributário, quando tratou de capacidade contributiva, expressamente dispôs, no artigo 126, I, do CTN, que esta não se regulamenta pelo Código Civil, ao dizer que ela independe da capacidade civil das pessoas naturais. No decorrer da análise, ficará claro que os vários campos do saber do Direito são capazes de se influenciarem mutuamente, retratando a interdisciplinaridade. Far-se-á a contraposição entre a capacidade civil e capacidade tributária, na tentativa de demonstrar que a segunda não é completamente independente da primeira, uma vez que o direito tributário busca no direito civil o conceito e a essência deste instituto. Desta forma, concluir-se-á que o art. 126 do CTN não pode apartar a circunstância invencível da incapacidade absoluta da pessoa natural para alcançar o patrimônio do contribuinte assim qualificado, com a inobservância do princípio da imprescritibilidade. Toma-se como metodologia para a elaboração do presente, revisão da legislação vigente e doutrina de Direito Civil e Tributário, principalmente.

PALAVRAS-CHAVE: CAPACIDADE TRIBUTÁRIA.
INCAPACIDADE ABSOLUTA. PRESCRIÇÃO.

ABSTRACT: The present work aims to analyze whether the tax capacity, as independent of civil capacity of natural persons, it would be capable of not allowing the involved rights of a taxpayer that is absolutely incapable to be time-barred, pushing away the article 198, I, laid down in the Civil Law Code of 2002. The tax legislator, when regulated the ability to pay, arranged expressly that this last capacity is not regulated by the Civil Law Code. The contrast between civil capacity and tax capacity will be made, in an attempt to demonstrate that the second is not completely independent of the first, since the tax law search the concept and the essence of the Institute of capacity in the civil law rules. In this way, will be demonstrated that the art. 126 of the tax law code cannot break up the condition of absolute incapacity of the person to be invincible to reach the wealth of the taxpayer absolutely incapable, with no compliance of the principle of imprescriptibility. Take as methodology for the elaboration of the present work, review of the existing legislation and doctrine of Civil law and tax law, mainly, of eminent Brazilian Jurists.

KEY-WORDS: TAX CAPACITY; CIVIL INCAPACITY. LIMITATION TIME

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Da interpretação do artigo 109 do CTN; 3 Capacidade civil x Capacidade tributária; 4 Da Análise do conceito e dos efeitos da Prescrição no Direito Civil e no Direito Tributário; 5 Situação envolvendo contribuinte de IPTU menor de idade; 6 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, por meio de pesquisa de revisão bibliográfica e da legislação vigente, tem a intenção de analisar se a incapacidade civil afetaria a capacidade tributária, bem como se o

princípio da imprescritibilidade aplicada ao absolutamente incapaz (art. 198, I, do CC/02) pode ser aplicado no âmbito tributário para proteger o patrimônio do contribuinte.

Sabe-se que muitos ramos do direito possuem conceitos e institutos próprios. A depender do campo de aplicação, estes são abordados de formas diversas, demonstrando que possuem peculiaridades que devem ser levadas em consideração. Entretanto, isso não impede que conceitos de direito privado, por vezes, influam em determinadas situações pertencentes ao direito público. Como exemplos podem ser citados os institutos da prescrição e da capacidade civil, que possuem diferentes conceitos e enfoques nos âmbitos do direito civil e do direito tributário.

O legislador tributário quando veio tratar de capacidade contributiva no artigo 126 do Código Tributário Nacional, expressamente dispôs que esta não se regulamenta pelo Código Civil. Por outro lado, o art. 198, I, do Código Civil de 2002 expressamente prevê que a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes. Sendo assim, será que seria possível ao Fisco abstrair a incapacidade absoluta do contribuinte para atingir seu patrimônio?

Podemos pensar a seguinte situação como exemplo: um menor de 16 anos, beneficiário de vultosa pensão por morte, sofreu retenções de imposto de renda a maior por diversos anos. Ao adquirir a maioridade, poderia ele, a qualquer tempo, pleitear, em face da Fazenda Nacional, a repetição de indébito dos valores de IR indevidamente retidos sobre seu benefício na época em que era absolutamente incapaz, com base no disposto do artigo 198, I do CC/02?

No decorrer do trabalho restará demonstrado, que a divisão entre direito público e direito privado é cabível apenas como técnica didática. Ficará claro que existe uma interconexão entre as

diferentes matérias dessa ciência, denominada interdisciplinaridade.

Para o deslinde da questão, será realizada interpretação harmônica entre os institutos de direito civil, tão presentes no direito tributário. Essa interconexão entre as matérias representa a interdisciplinaridade. Interdisciplinaridade é a interligação de duas ou mais disciplinas, seja no estudo ou na pesquisa, proporcionando novos conhecimentos que não seriam possíveis se não fosse esta integração. É a transferência dos métodos e conceitos de uma disciplina à outra.

A interdisciplinaridade busca a comunicação entre os campos dos saberes e viabiliza a construção do conhecimento mais abrangente e visão mais ampla e articulada da realidade. Sem a abertura para uma análise conjunta das matérias, dificilmente consegue-se relacionar os diferentes campos do conhecimento.

Pode-se notar que há a possibilidade de se chegar a conclusões diferentes, a depender dos conhecimentos utilizados na busca do deslinde da questão.

A se pensar utilizando-se apenas dos conhecimentos de direito tributário, levando-se em conta, de forma isolada, apenas o conceito de capacidade passiva tributária, provavelmente se chegará a uma resposta negativa a ambas as perguntas lançadas. Por outro lado, se raciocinarmos utilizando apenas os conhecimentos de direito civil e previdenciário, chegar-se-á a uma resposta positiva, porém incompleta, pois deixado de lado o campo de conhecimento que rege a natureza da ação de repetição de indébito, o direito tributário.

Dessa forma, concluir-se-á que o Direito não é unívoco e que, na maioria das vezes, para se alcançar uma conclusão mais completa acerca das discussões, caminho obrigatório a ser

percorrido é da interpretação conjunta e harmônica de institutos pertencentes à diferentes ramos do direito, como no presente caso, direito tributário e direito civil, buscando um diálogo entre estas duas fontes de conhecimento.

Far-se-á a contraposição entre capacidade civil e capacidade tributária juntamente, com uma interpretação sistêmica dos conceitos, para considerar, na questão hipotética levantada, que a incapacidade absoluta do contribuinte, exatamente como definida no direito civil, definirá a não aplicabilidade da prescrição às parcelas de Imposto de Renda a lhe serem restituídas.

2 DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 109 DO CTN

Como já falado anteriormente, a discussão apresentada trata de uma questão de interdisciplinaridade. É, principalmente, o direito civil, representante imponente do direito privado, repercutindo frente o direito tributário, um dos marcos exponenciais do direito público.

Com o fito de fortalecer a defesa da tese de que um instituto do direito civil, qual seja, a incapacidade, é capaz de surtir efeito no campo do direito tributário, em especial no caso da Ação de repetição de indébito, como fator decisivo para justificar a inaplicabilidade da prescrição ao quantum devido pela Fazenda, passa-se a uma interpretação benigna do artigo 109 da norma tributária.

Os artigos 109^[1] e 110^[2] do CTN se relacionam. Ambos trazem regras concernentes ao uso dos princípios, institutos e conceitos de direito privado (basicamente, civil e comercial). Entretanto, aquele último é direcionado ao legislador, que determina que ele não poderá alterar as definições, conceitos e formas dos institutos de direito privado, utilizados pela Constituição Federal, Constituições Estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal ou Leis Orgânicas dos Municípios, para definir ou limitar competências

tributárias. Sendo assim, uma análise mais profunda do artigo 110 não nos interessa diretamente.

Por sua vez, o artigo 109 é um comando direcionado ao aplicador da lei. Ele dispõe que os princípios do direito privado devem ser empregados sem terem os seus significados alterados para definir o conteúdo e o alcance dos seus institutos próprios. Porém eles não servem para definir efeitos tributários.

Em que pese ser o direito tributário, didaticamente classificado como um ramo do direito público, ele guarda íntima relação com o direito privado, uma vez que é disciplina afeta ao direito das obrigações. Ele disciplina, essencialmente, uma relação jurídica entre um sujeito ativo (fisco) e um sujeito passivo (contribuinte ou responsável), envolvendo uma prestação (tributo), como bem explica Hugo de Brito Machado^[3].

Por conta disso, muitos conceitos oriundos do direito privado são usados pela legislação tributária e até mesmo pelo próprio Código (ex: pessoa natural, pessoa jurídica, obrigação, solidariedade, pagamento, compensação, transação, prescrição, etc.). Contudo, a legislação tributária (incluindo o CTN) se vale de tais conceitos sem explicá-los ou definí-los, justamente pelo fato de que os mesmos já se encontram definidos pelo direito privado, devendo lá ser buscados. Todavia, diz-se que os efeitos tributários dos atos praticados não devem ser buscados no direito privado, mas na própria legislação tributária.

Nesse sentido, da importante simbiose entre direito civil e o tributário, Hugo de Brito Machado, assim dispõe:

Relevante é notar que o art. 109 do Código Tributário Nacional refere-se aos princípios gerais do Direito privado e às leis de Direito privado. Assim, os conceitos, os institutos, as

formas, prevalentes no Direito Civil, ou no Direito Comercial, em virtude de elaboração legislativa, prevalecem igualmente no Direito Tributário. Só os princípios do Direito privado é que se não aplicam para a determinação dos efeitos tributários dos institutos, conceitos e formas do Direito Civil, ou Comercial.(Machado,2007, p.138)

Quando o direito civil trata da capacidade civil, o faz na qualidade de ciência jurídica, de forma que o conceito assume uma amplitude maior de alcance, atingindo todo o ordenamento jurídico.

Por tudo que foi dito, conclui-se que ao Estado, ainda que no exercício de sua soberania no exercício do seu poder impositivo, não cabe subverter conceitos jurídicos que prevalecem em todas as demais áreas do Direito, para saciar sua sede de arrecadação.

2 CAPACIDADE CIVIL X CAPACIDADE TRIBUTÁRIA

É de saber comezinho do Direito que capacidade civil e capacidade tributária não se confundem. Cabe aqui uma rápida diferenciação entre os conceitos de capacidade previstos no Direito Civil e no Direito Tributário.

De acordo com definição clássica, capacidade é a medida de extensão da personalidade; é uma aptidão. Nota-se que o direito civil encaixou o conceito de capacidade ao de personalidade.

Toda pessoa natural que nasce com vida é dotada de personalidade, é conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens indistintamente, consagrando-a na legislação civil e no direito constitucional. É a qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres; é a potencialidade de adquirir direito e contrair obrigações. Já a

capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. Logo, toda pessoa que nasce com vida já detém, também, uma parcela de capacidade.

Francisco Amaral, explica que “*capacidade, de capax (que contém), liga-se à idéia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação*” citando José Carlos Moreira Alves. Aduz que outra diferenciação, com semelhanças e dessemelhanças, é encontrada em José Carlos Moreira Alves:

(...) enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), capacidade jurídica é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo de Justiniano, os heréticos (que eram pessoas físicas; logo, possuíam personalidade jurídica) não podiam receber herança ou legado (por conseguinte, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético). (MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.97) (AMARAL, 2006, p.218)

Existe, ainda, a distinção entre a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de exercício ou de fato.

A capacidade de direito é a aptidão para ser titular de direitos e contrair obrigações. É o mínimo do exercício da personalidade. Toda pessoa tem capacidade de direito e de gozo, indistintamente, estendendo-se aos privados de discernimento e às crianças,

independentemente do seu grau de desenvolvimento mental, podendo assim herdar, receber doações, etc. Pode ser chamada também de capacidade de aquisição de direitos. Não existe pessoa incapaz de direitos.

Já a capacidade de fato ou de exercício ou de ação é a aptidão para exercer por si só, pessoalmente, os atos da vida civil. Isto é, adquirir direitos e contrair deveres em nome próprio. Nem todas as pessoas a possuem. Somente se adquire esta capacidade para os atos da vida civil quem tem discernimento e puder exprimir sua vontade regularmente. Por faltarem para algumas pessoas requisitos como a maioridade, saúde, desenvolvimento mental, a lei, no intuito de protegê-las, exige a participação de outra pessoa, que as represente ou assista.

Em contraponto, a incapacidade é a restrição legal imposta ao exercício da vida civil.

Dessa forma, a legislação brasileira prevê três estados de capacidade jurídica:

- Capacidade plena: é a possibilidade plena de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

- Incapacidade relativa: situação legal de impossibilidade parcial de realização pessoal dos atos da vida civil, exigindo alguém que o auxilie (assistente). A vontade do incapaz importa para o Direito, porém, é insuficiente, devendo ser assistido nos atos da vida civil, sob pena de nulidade relativa (negócio anulável). Ex.: maiores de 16 anos e menores de 18 anos, ébrios ou viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, os pródigos (art. 4º, Código Civil Brasileiro).

- Incapacidade absoluta: situação legalmente imposta de impossibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil senão por representante. A vontade do incapaz não importa para o direito. O absolutamente incapaz deve ser representado nos atos da vida civil, sob pena de nulidade absoluta (negócio jurídico é nulo). Ex.: menores de dezesseis anos, os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desse atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (art. 3º, Código Civil Brasileiro).

Em Direito Tributário, capacidade tributária é a aptidão para figurar no pólo ativo (direito de cobrar, sendo, portanto, sujeito ativo) ou passivo (dever de pagar, sendo, portanto, sujeito passivo) da obrigação tributária. A depender do pólo ocupado, referimo-nos a ela como "capacidade tributária ativa" ou "capacidade tributária passiva".

Nas palavras de Pedro Roberto Decomain:

Capacidade tributária passiva, que é o atributo inerente a alguém de poder ser devedor de tributos, ou seja, de poder figurar no pólo passivo do vínculo representado pela obrigação tributária principal, possuem todos aqueles que realizarem a situação correspondente ao fato gerador do tributo. Qualquer pessoa que realize um fato gerador torna-se devedora do tributo correspondente, e possui capacidade tributária passiva. (DECOMAIN, 2000, p. 473/474)

O Código Tributário ainda prevê em seu artigo 123^[4] que as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária. Deixa claro, aqui, que a vontade das partes em nada

influenciará a capacidade tributária passiva. O tributo é uma obrigação *ex lege*, pois nasce direta e imediatamente da vontade da lei, que traça sua hipótese de incidência e independente da vontade da parte.

Assim, em decorrência de a obrigação ter origem em disposição legal, e não contratual, idêntico raciocínio relativo à irrelevância da vontade das partes para a caracterização do liame que advém da obrigação tributária foi utilizado pelo legislador ao dispor que a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil do contribuinte, ou do fato de, sendo uma pessoa jurídica, estar regularmente constituída, nos devidos termos do artigo 126^[5] do Código Tributário Nacional.

Como se pode notar, os conceitos de capacidade presentes no Código Civil e no Código Tributário não são similares. Ao contrário da capacidade civil das pessoas, a capacidade tributária passiva independe de quaisquer circunstâncias ou da capacidade civil das pessoas naturais (art. 126 do CTN).

Veja-se que o CTN, para caracterizar o sujeito passivo da obrigação tributária, afasta as regras de capacidade civil das pessoas naturais, subsistindo tais regras somente para o exercício da defesa ou das opções da lei tributária, como no caso em que o pai continuará representando o filho, o curador falará pelo curatelado, o tutor pelo órfão etc. (Cf. CTN, arts. 134 e 135, III, a).

Por outro lado, nota-se que, mesmo o conceito de capacidade em sede de direito tributário, tem sua essência no conceito de capacidade previsto no direito civil. Refere-se à aptidão para ser titular de obrigação, sendo esta uma obrigação passiva perante o Estado na sua função de arrecadador de tributos. Entretanto, por se tratar de obrigação contraída na seara tributária, possui peculiaridades próprias do campo do direito tributário.

Diante disto, pode-se classificar a capacidade tributária como sendo espécie do gênero capacidade de fato, na medida em que é a aptidão para exercer por si só, pessoalmente, os atos da vida civil, que neste caso é a capacidade de assumir posição de devedor de tributo perante o Fisco.

O contribuinte absolutamente incapaz possui capacidade para assumir pessoalmente deveres perante o FISCO e assumir a posição de devedor tributário em nome próprio, independente de suas circunstâncias pessoais. Estas, em que pese não influenciarem na capacidade tributária, se determinarem a incapacidade do contribuinte, definirão a responsabilidade de terceiros pelo pagamento do tributo.

Desta forma, não se pode insistir que os citados institutos são pertencentes a campos teóricos completamente distintos ou que estão de tudo separados, de forma que a análise de um não influencia de forma alguma na do outro. É certo que o estudo dos efeitos da prescrição estudados à luz da capacidade civil, sendo esta considerada gênero, pode muito bem afetar o estudo da capacidade tributária e conseqüentemente o direito do FISCO de atingir o patrimônio de determinados contribuintes, mais especificamente os absolutamente incapazes.

A capacidade passiva tributária do contribuinte absolutamente incapaz é indiscutível. Não se está aqui a pregar que sua obrigação tributária não deve ser satisfeita. Porém, busca-se aqui demonstrar que o Fisco não pode negar-lhe o direito de buscar seu patrimônio indevidamente constringido enquanto perdurava sobre ele a condição de absolutamente incapaz.

O estudo da aplicação ou não da prescrição ao direito do absolutamente incapaz, nos moldes do art. 198, I, do CC/02^[6], influencia diretamente na conclusão sobre o afastamento ou não da prescrição quinquenal do direito do contribuinte absolutamente

incapaz de se ver ressarcido pela retenção/recolhimento a maior de tributos realizada pelo FISCO de forma indevida.

Feita a contraposição entre capacidade civil e capacidade tributária, passaremos a analisar o conceito de prescrição e sua aplicação nos dois campos de direito analisados; direito civil e tributário.

4 DA ANÁLISE DO CONCEITO E DOS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO CIVIL E NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O tempo exerce influência em todos os campos do Direito. A prescrição é indispensável à estabilidade das relações sociais e aplica-se aos direitos patrimoniais. Os principais fundamentos da prescrição são a paz social e a segurança jurídica nas relações sociais. O exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser posto em prática pelo titular dentro de determinado prazo. Nesta esteira de raciocínio caminha Silvio Rodrigues, quando salienta:

Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que a situação de fato que o tempo consagrou adquira juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é de interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi. (Rodrigues, 2003, p. 327)

Os direitos subjetivos podem ser divididos em direitos potestativos e direitos a uma prestação.

Direito potestativo é aquele que pode ser exercitado unilateralmente pelo seu titular, independentemente da colaboração

ou da participação de terceiros. Já os direitos a uma prestação são aqueles cujo exercício depende, necessariamente, da participação ou da colaboração de um terceiro. É o que se verifica em face do direito ao recebimento de um crédito, o qual não tem como ser exercido sem a colaboração do devedor em efetuar o respectivo pagamento.

A distinção essencial entre os institutos da prescrição e da decadência, então, está na natureza do direito. A decadência do direito aplica-se aos direitos potestativos e a prescrição relaciona-se ao direito a uma prestação ou pretensão.

Em relação ao conceito de prescrição dado pelo direito civil, Antônio da Silva Cabral afirma: *"a doutrina do direito potestativo foi elaborada para o campo do direito privado e não para o direito público, o que significa que o tributarista tem de usá-la com certa cautela."* (Cabral, 1993, p.241). Isso porque, o CTN, no seu art. 156, inciso V, determina expressamente que tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o crédito tributário, significando dizer que o objeto da prescrição tributária não se resume a atingir apenas a ação, mas também o próprio direito, assim como a decadência.

No Direito Tributário, o marco inicial da prescrição é o lançamento, sendo que até a ocorrência deste corre o prazo decadencial. A partir do lançamento, até o escoamento dos prazos recursais ou a prolação de decisão administrativa irreformável, não flui qualquer prazo, nem de decadência, nem de prescrição. Após a decisão administrativa final, inicia-se o prazo prescricional.

O artigo 168 do CTN prevê que o direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário ou da data em que se tornar definitiva a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindindo a decisão condenatória, a depender das hipóteses previstas no artigo 165 do mesmo Código.

Quanto à decadência/prescrição do direito de o contribuinte pleitear a devolução de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a LC nº 118, de 09/02/2005, reduziu o prazo decadencial do direito à restituição de indébito tributário, uma vez que anteriormente se contava da extinção do crédito tributário, que se dava com o pagamento antecipado e a respectiva homologação tácita, de acordo com o art. 156, VII, CTN (tese do 5+5) e, após dita lei complementar, da data do pagamento antecipado (apenas 5). No entanto, tratando-se de norma aplicável (não interpretativa), mais gravosa ao contribuinte, não pode ter aplicação retroativa.

Relevante mencionar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão recentíssima^[7], em demanda na qual restou reconhecida repercussão geral, publicada em 11.10.2011, decidiu que o novo prazo de 5 anos para repetição de indébito tributário em face da Fazenda Nacional só atingirá as demandas propostas após o *vacatio legis* da Lei Complementar 118/05, ou seja, só atingirá os processos propostos a partir de 09.06.2005.

A doutrina, com base na regra do direito privado, estabelece que a prescrição começa no instante em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, ou seja, da lesão do direito, uma vez que é nesse instante que nasce o direito à propositura da ação, contra a qual se opõe o instituto.

Na prescrição civil há a extinção da pretensão, o direito continua a existir, tanto que se considera válido o pagamento de dívida prescrita, cuja restituição não pode ser reclamada. O prazo prescricional decorre apenas da lei, não há prazo prescricional voluntário nem tal prazo poderá ser alterado pelas partes. Na prescrição, o direito preexiste à ação, pois esta pressupõe violação de direito; não corre contra algumas pessoas que se encontrem em determinadas situações previstas em lei e pode ser suspensa, impedida ou interrompida em certos casos.

Observa-se, então, que a diferença estabelecida no direito privado, quanto ao momento do início da prescrição, não coaduna com o que dispõe o Direito Tributário. Entretanto, a essência do conceito de prescrição, ainda que nesse ramo do direito público, é buscado no direito privado, visto como a perda do direito de buscar uma pretensão pelo decurso do prazo.

Quando se trata de indivíduo absolutamente incapaz, o art. 198, inciso I do Código Civil dispõe que a prescrição não flui em face destes. O legislador levou em consideração a necessidade de proteger os indivíduos postados em situações peculiares que os expõem demasiadamente à passagem do tempo, sem que tenham reais condições de adotar as medidas hábeis a evitar a consumação da prescrição.

Conforme se retira da doutrina de Fabrício Zamprogna Matiello, ao comentar sobre a questão da prescrição em relação aos incapazes:

[...] Os absolutamente incapazes não têm vontade própria, sendo totalmente dependentes dos representantes legais para a defesa dos direitos assegurados em lei. Todavia, o só fato de terem representantes legais não garante a lisura procedimental destes ou o seu efetivo empenho na proteção dos interesses dos representados, razão pela qual o ordenamento jurídico estabelece diversas formas de resguardo dos direitos dos incapazes absolutos, entre as quais sobressaem a possibilidade de decretação *ex officio* da prescrição quando lhes for benéfica (art. 194 do CC) e também o impedimento ou a suspensão do transcurso do prazo prescricional enquanto

mantido o estado de incapacidade.
(MATIELLO, 2003, P. 159) (*grifos nossos*)

Importante observar, ainda, que o referido artigo 198 do CCB não prevê qualquer restrição, condicionamento ou exceção a esse impedimento. Diante dessa observação, conclui-se que não se pode falar que a prescrição apenas não corre contra o incapaz enquanto este não constitui curador, pois, a partir daí tornar-se ia possível o pleno exercício dos meios de defesa.

Sendo assim, em que pese o instituto da prescrição guardar diferenças conceituais e diferentes marcos iniciais quando analisada no âmbito do direito civil e do direito tributário, fato é que é da essência deste instituto visar à segurança jurídica das relações sociais. Tendo tal objetivo, impossível não proteger o direito do sujeito passivo tributário quando qualificado como absolutamente incapaz, haja vista ser óbvia a sua fragilidade diante do FISCO.

5 SITUAÇÃO SEMELHANTE ENVOLVENDO CONTRIBUINTE DE IPTU MENOR DE IDADE

Considere-se, hipoteticamente, a situação de um menor impúbere, absolutamente incapaz, pois, que recebeu de herança imóvel urbano X. Na qualidade de proprietário do imóvel urbano X, torna-se, automaticamente, sujeito passivo tributário na relação de contribuinte de IPTU. Por ser absolutamente incapaz e não possuir capacidade de gerir por si só os atos de sua vida, sempre foi devidamente representado para todos os fins de direito por seu tutor, terceiro responsável tributário, assim definido no CTN.

Suponha-se que o Prefeito da cidade onde se localiza o imóvel X do menor, certo dia, tenha aumentado a alíquota do IPTU por meio de Decreto. Após anos de vigência do referido Decreto, a justiça, em última instância, concluiu pela inconstitucionalidade de tal norma, uma vez que desrespeitou o princípio constitucional da

reserva legal que impera no Direito Tributário. Assim, conclui-se que por anos todos os proprietários de imóvel urbano naquela cidade recolheram IPTU em valores maiores do que o devido, incluindo aqui o menor impúbere.

Ocorre que ao adquirir a maioria civil, o proprietário do imóvel urbano X toma ciência dessa situação e resolve pleitear perante o Fisco a repetição dos valores recolhidos indevidamente a maior, a título do citado tributo, durante todos os anos pretéritos, que somam muito mais do que apenas os 5 anos previstos no artigo 168 do CTN.

Estaria ele protegido pela imprescritibilidade do direito prevista no artigo 198, Inc. I, do CCB, de forma que teria direito à repetição dos valores recolhidos a maior durante todo o período de tempo pretérito, quando era menor impúbere e representado por seu tutor, afastando assim a prescrição, ainda que resguardada sua capacidade tributária?

Por todas as análises feitas anteriormente, pode-se concluir que o jovem proprietário do imóvel X, ainda que possuidor de capacidade para figurar no pólo passivo de relação tributária, enquanto foi qualificado como absolutamente incapaz, foi protegido por norma legal prevista no CCB (art. 198, inc. I), que afastou a incidência da prescrição sobre seu direito de pretensão. Pode ele pleitear toda a verba paga indevidamente em momento pretérito, enquanto mantido o estado de incapacidade absoluta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como um jargão jurídico que é, a lição que diz que a capacidade tributária não se submete às regras de incapacidade civil está presente na mente de maioria dos operadores e profissionais do Direito, desde a época de aluno de graduação. Entretanto, importante ter em mente também, que cada norma

interpretada não existe isoladamente, pois faz parte de um sistema de normas integradas, denominado ordenamento jurídico. Este deve ser visto como um todo, não havendo razão para existir divisão classificatória em direito público ou privado, a não ser que para fins meramente didáticos.

Como se sabe, o Direito não é uma ciência com departamentos estanques, figurando esse ou aquele fenômeno social exclusivamente sob a égide desse ou daquele ramo do saber jurídico. A ocorrência de um evento com relevância jurídica certamente afetará diversos outros campos do Direito. Assim, necessário confrontar as normas em análise de forma a harmonizá-las.

Essa questão remete à forma de interpretação do direito e ao tema da interdisciplinaridade como estratégia de acesso e de compreensão das várias dimensões do direito e sua ação no cotidiano da vida social. É necessário que se tenha uma visão global, possibilitando, assim, alcançar o direito material do autor através da integração de tópicos comuns do pensamento jurídico.

Sustentar que a incapacidade civil não influi na capacidade tributária porque a vontade do indivíduo é irrelevante para a caracterização do liame que advém da obrigação tributária, não deixa de ser verdade, porém não absoluta. Deve-se ter em mente alguns pontos:

- o próprio CTN prevê, em seu artigo 109, que os princípios do direito privado devem ser empregados sem terem os seus significados alterados para definir o conteúdo e o alcance dos seus institutos próprios;
- o direito tributário guarda íntima relação com o direito privado, uma vez que é disciplina afeta ao direito das obrigações;

- a capacidade tributária pode ser caracterizada como espécie do gênero capacidade jurídica de fato, não se lhe podendo apartar essa natureza sob pena de caracterizar como escorregadas situações teratológicas como a aplicação da prescrição à pretensão de contribuinte absolutamente incapaz;

- o conceito de incapacidade absoluta, por representar um dos vetores da capacidade civil, que se configura quando a capacidade sofre restrições, igualmente atinge todos os ramos do direito, de tal maneira que o absolutamente incapaz o é de igual forma tanto no direito civil, quanto no direito tributário, homenageando o significado do termo adjetivo “absoluta”;

- o direito tributário se vale do conceito de prescrição constante do direito privado.

Logo, se o absolutamente incapaz não sofre os efeitos da prescrição, também não o sofrerá o contribuinte absolutamente incapaz, ainda que resguardada e incontestada sua capacidade tributária. Isso por que o absolutamente incapaz continua a ser protegido pela norma legal, diante de sua fragilidade inerente ao seu quadro fático, ainda que num contexto tributário, no qual lhe seja atribuída, independente de sua vontade, a capacidade passiva tributária.

O que não afeta o direito relacionado ao indivíduo quando ausente sua capacidade civil, continuará não afetando seus direitos mesmo na situação em que persista sua capacidade de assumir obrigação tributária. É dizer que esta última capacidade está contida naquela. A capacidade tributária do contribuinte é uma fração de sua capacidade de fato, sendo esta, atributo mensurável de sua personalidade.

Uma vez qualificado como absolutamente incapaz, o contribuinte não terá seus direitos atingidos pela prescrição. Nesta

situação, seus direitos já foram blindados por uma circunstância bem mais ampla – a incapacidade absoluta, a qual restringe a medida de sua personalidade. A capacidade tributária não tem o condão, pois, de afastar a incapacidade civil e evitar a imprescritibilidade do direito do contribuinte absolutamente incapaz.

O importante é vislumbrar que a incapacidade absoluta do contribuinte do FISCO, é o motivo determinante da sua não sujeição à prescrição. Assim, na situação do menor impúbere, herdeiro de renda que sofreu retenções de IR a maior ou o jovem proprietário de imóvel urbano, o qual recolheu IPTU a maior, por meio de seu tutor e que, ao atingir a maioridade, tem consciência desse fato e pleiteia a repetição dos referidos valores pagos aos cofres públicos desde o momento da concretização do fato gerador do citado imposto, deve-se desconsiderar a prescrição quinquenal prevista no artigo 168 do CTN.

Sendo assim, não há como desconsiderar a incapacidade absoluta do autor, de forma a aplicar a prescrição aos valores indevidamente descontados antes do lustro legal previsto. Torna-se imperativa, nestes casos, a aplicação do inciso I, do artigo 198 do CCB.

Por todo o exposto, conclui-se que devem os operadores do direito, na função também de hermeneutas, aplicarem a integração da norma jurídica para extrair a vontade da lei em um contexto harmônico, levando-se em consideração o ordenamento jurídico como um todo. Muito mais importante do que decorar conceitos jurídicos é saber raciocinar de forma abrangente, capaz de possibilitar o diálogo e a integração segura de tópicos comuns do pensamento jurídico, contribuindo para o desenvolvimento do conhecimento.

Não é por possuírem cadeiras autônomas dentro da Ciência Jurídica, que os diferentes conceitos e institutos das diversas

matérias de direito se excluem. Muito pelo contrário, por fazerem parte de uma mesma ciência, a todo momento elas se influenciam. Perfeitamente possível e lógica, pois, a conclusão de que o contribuinte absolutamente incapaz, possuidor de capacidade contributiva, está protegido pela imprescritibilidade de seu direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar, **Direito Tributário Brasileiro**, 11ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

CABRAL, Antônio da Silva. **Processo administrativo fiscal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DECOMAIN, Pedro Roberto – **Anotações ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

HABLE, José. **Decadência e prescrição no direito civil em confronto com o direito tributário**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 13, n. 1941, 24 out. 2008](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11878>>. Acesso em 13 de agosto de 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. São Paulo: LTr, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de -**Tratado de Direito Privado** - 1999, Campinas, Bookseller, T.1.

NOGUEIRA, Nilbo Ribeiro - **Interdisciplinaridade aplicada**. 4. ed. São Paulo: Érica, 1998.

ZIMIANI, D.T.; HOEPPNER, M. G. -**Interdisciplinaridade no ensino do direito**. Akrópolis Umuarama, v. 16, n. 2, p. 103-107, abr./jun. 2008. Disponível em:

< <http://revistas.unipar.br/akropolis/article/view/2302/1890>>. Acesso em 17/08/2012.

Código Civil Comentado, 6ª edição, Coordenada por Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Região. Recurso Especial nº 780122, Relator Min. Teori Albino Zavaski. Paraíba. DJ. 29.03.07.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Região. Recurso Especial nº 907158, Relator Min. Eliana Calmon. Paraíba. DJ 26.08.08.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 751.719/01.9. Relator: Juiz Convocado José Antônio Pancotti. Brasília/DF, 30.11.2005.

Notas:

[1] Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

[2] Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do

Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

[3] MACHADO, Hugo Brito. Curso de direito tributário, 28ª ed., São Paulo: Malheiros 2007.

[4] Art. 123 - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

[5] Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

[6] Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3o;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

[7] RE 566621 DJE 11/10/2011

COMENTÁRIOS À CARTA DE WASHINGTON (1986): TESSITURAS À PROEMINÊNCIA NA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: 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 (UFF). 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.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Carta de Washington (1986) e sua proeminência na tutela do patrimônio cultural. 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. 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. 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. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Comentários à Carta de Washington (1986): Tessituras à Proeminência na Salvaguarda do Patrimônio Cultural.

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

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 almiré, 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"[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas 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 Nº. 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*”[2]. 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 Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do*

valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. 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”[4].* 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 que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação

com o destino da humanidade[5]. 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 Política 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**”[6].

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 Nº. 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 inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da

espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição 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 1981[9], 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 os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se 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*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], 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.º. 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 Federal[12].

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, aprovou o 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 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”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que

ocaput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] 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 Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação *docaput* 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 subiste 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 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

Quadra 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*”^[16]. Desta maneira, 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*”^[17]. 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 Nº 115.599/RS:

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*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], 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 Brollo[21], 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 Celso Fiorillo[22], 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. 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 Comentários à Carta de Washington (1986): Tessituras à Proeminência na Salvaguarda do Patrimônio Cultural

Em um primeiro momento, cuida anotar que resultantes de um desenvolvimento mais ou menos espontâneo ou de um projeto deliberado, todas as cidades do mundo são expressões materiais da diversidade das sociedades através da história e são todas, por essa razão, históricas. A presente carta diz respeito mais precisamente às cidades grandes ou pequenas e aos centros ou bairros históricos com seu entorno natural ou construído, que, além de sua condição de documento histórico, exprimem valores próprios das civilizações urbanas tradicionais. Atualmente, muitas delas são ameaçadas de degradação, de deterioração e até mesmo de destruição sob o efeito de um tipo de urbanização nascido na era industrial e que hoje atinge universalmente todas as cidades. Face a essa situação muitas vezes dramática, que provoca perdas irreversíveis de caráter cultural, social e mesmo econômico, o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS) julgou necessário redigir uma Carta Internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas.

Ao complementar a Carta Internacional sobre a Conservação e a Restauração de Monumentos e Sítios (Veneza, 1964), este novo texto define os princípios e os objetivos, os métodos e os instrumentos de ação

apropriados a salvaguardar a qualidade das cidades históricas, a favorecer a harmonia da vida individual e social e a perpetuar o conjunto de bens que, mesmo modestos, constituem a memória da humanidade. Como no texto da Recomendação da UNESCO relativa à Salvaguarda dos Conjuntos Históricos ou Tradicionais e a sua Função na Vida Contemporânea (Varsóvia – Nairóbi, 1976) e, também, como em outros instrumentos internacionais, entende-se aqui por salvaguarda das cidades históricas as medidas necessárias a sua proteção, a sua conservação e restauração, bem como a seu desenvolvimento coerente e a sua adaptação harmoniosa à vida contemporânea. Para ser eficaz, a salvaguarda das cidades e bairros históricos deve ser parte essencial de uma política coerente de desenvolvimento econômico e social, e ser considerada no planejamento físico territorial e nos planos urbanos em todos os seus níveis.

Ao lado disso, os valores a preservar são o caráter histórico da cidade e o conjunto de elementos materiais e espirituais que expressam sua imagem, em particular: (i) a forma urbana definida pelo traçado e pelo parcelamento; (ii) as relações entre os diversos espaços urbanos, espaços construídos, espaços abertos e espaços verdes; (iii) a forma e o aspecto das edificações (interior e exterior) tais como são definidos por sua estrutura, volume, estilo, escala, materiais, cor e decoração; (iv) as relações da cidade com seu entorno natural ou criado pelo homem; (v) as diversas vocações das cidades adquiridas ao longo de sua história. Qualquer ameaça a esses valores comprometeria a autenticidade da cidade histórica. A participação e o comprometimento dos habitantes da cidade são indispensáveis ao êxito da salvaguarda e devem ser estimulados. Não se deve jamais esquecer que a salvaguarda das cidades e bairros históricos diz respeito primeiramente a seus habitantes. As intervenções em um bairro ou em uma cidade histórica devem realizar-se com prudência, sensibilidade, método e rigor. Dever-se-ia evitar o dogmatismo, mas levar em consideração os problemas específicos de cada caso particular.

O planejamento da salvaguarda das cidades e bairros históricos deve ser precedido de estudos multidisciplinares. O plano de salvaguarda

deve compreender uma análise dos dados, particularmente arqueológicos, históricos, arquitetônicos, técnicos, sociológicos e econômicos e deve definir as principais orientações e modalidades de ações a serem empreendidas no plano jurídico, administrativo e financeiro. O plano de salvaguarda deverá empenhar-se para definir uma articulação harmoniosa entre os bairros históricos e o conjunto da cidade. O plano de salvaguarda deve determinar as edificações ou grupos de edificações que devam ser particularmente protegidos, os que devam ser conservados em certas condições e os que, em circunstâncias excepcionais, possam ser demolidos. Antes de qualquer intervenção, as condições existentes na área deverão ser rigorosamente documentadas. O plano deveria contar com a adesão dos habitantes existentes na área deverão ser rigorosamente documentadas. O plano deveria contar com a adesão dos habitantes.

Antes da adoção de um plano de salvaguarda ou enquanto ele estiver sendo finalizado, as ações necessárias à conservação deverão ser adotadas em observância aos princípios e métodos da presente carta e da Carta de Veneza. A conservação das cidades e bairros históricos implica a manutenção permanente das áreas edificadas. As novas funções devem ser compatíveis com o caráter, a vocação e a estrutura das cidades históricas. A adaptação da cidade histórica à vida contemporânea requer cuidadosas instalações das redes de infraestrutura e equipamento dos serviços públicos. A melhoria do habitat deve ser um dos objetivos fundamentais da salvaguarda. No caso de ser necessário efetuar transformações dos imóveis ou construir novos, todo o acréscimo deverá respeitar a organização espacial existente, especialmente seu parcelamento, volume e escala, nos termos em que o impõem a qualidade e o valor do conjunto de construções existentes. A introdução de elementos de caráter contemporâneo, desde que não perturbe a harmonia do conjunto, pode contribuir para o seu enriquecimento. É importante contribuir para um melhor conhecimento do passado das cidades históricas, através do favorecimento às pesquisas arqueológicas urbanas e da apresentação adequada das descobertas, sem prejuízo da organização geral do tecido urbano.

A circulação de veículos deve ser estritamente regulamentada no interior das cidades e dos bairros históricos; as áreas de estacionamento deverão ser planejadas de maneira que não degradem seu aspecto nem o do seu entorno. Os grandes traçados rodoviários previstos no planejamento físico-territorial não devem penetrar nas cidades históricas, mas somente facilitar o tráfego das cercanias para permitir-lhes um fácil acesso. Devem ser adotadas nas cidades históricas medidas preventivas contra as catástrofes naturais e contra todos os danos (notadamente, as poluições e as vibrações), não só para assegurar a salvaguarda do seu patrimônio, como também para a segurança e o bem-estar de seus habitantes. Os meios empregados para prevenir ou reparar os efeitos das calamidades devem adaptar-se ao caráter específico dos bens a salvaguardar. Para assegurar a participação e o envolvimento dos habitantes deverá ser efetuado um programa de informações gerais que comece desde a idade escolar. Deverá ser favorecida a ação das associações de salvaguarda e deverão ser tomadas medidas de caráter financeiro para assegurar a conservação e a restauração das edificações existentes. A salvaguarda exige uma formação especializada de todos os profissionais envolvidos.

Referência:

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 07 set. 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 07 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **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 07 set. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 07 set. 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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

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 07 set. 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 07 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

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 07 set. 2015.

Notas:

[1] 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 07 set. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 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 07 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] 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 07 set. 2015.

[5] 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.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[7] Idem. **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 - 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 07 set. 2015.

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

[9] BRASIL. **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 07 set. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

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

[12] 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 Nº 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 07 set. 2015.

[13] 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.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 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”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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 Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[16] 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 07 set. 2015, p. 15-16.

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

[18] 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 (nº 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 07 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] 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 07 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

O ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE: Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

O ônus probatório é matéria de relevante importância, pois o seu conhecimento pelas partes no processo indica qual será a prioridade em levar as provas para o processo e a probabilidade de êxito em uma demanda. Para o juiz, trata-se de regras de julgamento e indicam como solucionar a lide na ausência de provas quanto a fatos controvertidos.

Se a solução da controvérsia depende das provas produzidas e evidentes nos autos, quanto a fatos apresentados pelas partes, e, se tais provas não ocorrerem, cabe ao juiz utilizar-se dos recursos existentes no ordenamento jurídico para concluir a prestação jurisdicional.

DESENVOLVIMENTO

Para Moacyr Amaral Santos, a prova é conceituada como:

"[...] Destina-se a prova a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa. Esse conhecimento ele obtém através dos meios de prova. Costuma-se, assim, conceituar prova no sentido objetivo, como os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. Mas a prova, no sentido subjetivo, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos. A prova, então, consiste na convicção que as provas produzidas no

processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos. Esta, a prova no sentido subjetivo, se forma do conhecimento e ponderação das provas no sentido objetivo, que transplamam os fatos para o processo."

Quando adentramos na ceara da justiça do trabalho, justiça especial que é, defrontamo-nos com o disposto no art. n°. 818 da CLT, que nos aponta um caminho na busca de soluções, cheio de dúvidas, porque é restrito a dizer o seguinte:

"Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

Por outro lado, o art. n°. 769 da CLT autoriza a aplicação subsidiária do CPC quando a CLT for omissa e quando houver compatibilidade do mesmo com as normas trabalhistas.

"Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

Porém, a CLT não é omissa sobre o ônus da prova, conforme disposto em seu art. n°. 818, anteriormente citado, previsto também no art. 333 do CPC e no art. 373 do NCPC, vejamos:

"O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

O dispositivo no CPC é explicativo, restringindo ao autor a incumbência de provar os fatos constitutivos dos seus direitos e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos do autor.

Comenta Valentin Carrion:

“Ao processo laboral se aplicam as normas, institutos e estudos da doutrina do processo geral (que é o processo civil), desde que:

a) não esteja aqui regulado de outro modo (casos omissos, subsidiariamente);

b) não ofendam os princípios do processo laboral (incompatível);

c) se adapte aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; e

d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista); a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias”.

Importante também, transcrever o previsto nos artigos 820, 821, 826, 829 e 830 todos da CLT, vejamos:

“Art. 820 - As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados”.

“Art. 821 - Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a 6 (seis). (Redação dada pelo Decreto-lei nº 8.737, de 19.1.1946)”.

“Art. 826 - É facultado a cada uma das partes apresentar um perito ou técnico. [\(Vide Lei nº 5.584, de 1970\)](#)”.

“Art. 829 - A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação”.

“Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. [\(Redação dada pela Lei nº 11.925, de 2009\)](#)”.

“Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos. [\(Incluído pela Lei nº 11.925, de 2009\)](#)”.

CONCLUSÃO

Em breve síntese, podemos concluir que:

1º) antes de se investigar de quem é o ônus da prova, tem-se que analisar a possibilidade de o fato alegado ser notório, confessado, incontroverso ou se em seu favor milita presunção legal ou jurídica de existência ou veracidade, e ainda se quanto a ele existe máxima de experiência, casos em que dele não se exigirá prova;

2º) havendo fato controvertido, relevante e pertinente que dependa de prova, exsurge o problema de se verificar de qual

das partes é o ônus da prova, quando então se terá de averiguar a natureza dos fatos controvertidos, porque ao autor caberá a prova do fato aquisitivo do seu direito, quando negada a existência desse fato; ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, porque o fato constitutivo foi reconhecido, apenas se lhe negando os efeitos jurídicos; e, diante de fatos contrapostos, temos de aplicar o princípio ontológico de Malatesta: o ordinário se presume, o extraordinário se prova, para definir de quem é o ônus de provar;

3º) pode, no entanto, o juiz inverter o ônus da prova, com base na hipossuficiência do autor ou no princípio da aptidão para a prova, desde que o faça quando da fixação dos pontos controvertidos, para não macular os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, em última instância, o devido processo legal.

Para que a prova possa ser produzida, há que se observar os procedimentos cabíveis, bem como os meios idôneos para tanto, nos termos do artigo 332 do CPC. Assim, são meios de prova aqueles previstos em lei, trabalhista ou civil, processual ou material. Enumeremos esses meios de prova, que são o depoimento pessoal, testemunhas, documentos, perícias e inspeções judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 2014.

DELGADO, Maurício. Godinho Curso de Direito do Trabalho. 2011.

GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do trabalho. 2013.