

Revista **Bonijuris** MARÇO/11

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Pág. XXXVII

DANO MORAL por **INSCRIÇÃO INDEVIDA** em Órgão de Proteção ao Crédito prescinde de **PROVA**, mesmo que se trate de Pessoa Jurídica

NOTIFICAÇÃO PRÉVIA do **ARRENDATÁRIO** de **IMÓVEL RESIDENCIAL** se faz necessária para a Propositura de **AÇÃO REINTEGRATÓRIA**

Interposição de **RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE** caracteriza **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

É aplicável o **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** em Crime de **ESTELIONATO** no qual a **LESÃO PATRIMONIAL** foi inexpressiva

Indicada a **PESSOA JURÍDICA** e seu **REPRESENTANTE LEGAL** em **PROCURAÇÃO DE EMPRESA**, não é Obrigatória a Indicação do Cargo

É obrigatória a Manutenção de **FARMACÉUTICO** em **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTO** após a Vigência da Medida Provisória 2190-34/01

É possível a **REMISSÃO** de **DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR** a Dez Mil Reais, vencidos até 31.12.2007, desde que o Devedor não possua outra **PENDÊNCIA** perante a **FAZENDA NACIONAL**

LEGISLAÇÃO

Pág. LIX

Decreto 7.428/11 - Alteração do Valor do Saque da Conta do FGTS em Decorência de Desastre Natural

Decreto 7.435/11 - Regulamentação da Cobrança, Fiscalização e Arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados

Decreto 7.437/11 - Aplicação de Alíquota Zero ao Imposto sobre Produtos Industrializados sobre Produto Doado a Município do Rio de Janeiro em Estado de Calamidade Pública

DOCTRINA

METAÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Luiz Fernando Coelho
Pág. V

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS DE DIREITO CRIMINAL PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE

Marcelo Harger
Pág. XVIII

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL COMO GARANTIA DO FIM SOCIAL DO PROCESSO

Gelson Amaro de Souza
Bruna Izídio de Castro Santos
Pág. XXVII

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EFETUADA PELOS SINDICATOS AOS SEUS ASSOCIADOS

Luiz Fernando Vescovi
Lucimara Moriggi
Pág. XXX

A TUTELA JURÍDICA À SAÚDE DO TRABALHADOR FRENTE AOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Liliana Collina Maia
Pág. XXXII

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS Pág. LX

A Efetivação de Servidores Precariamente Empossados Sub Judice em Cargos de Provimento Efetivo à Luz da Constituição Federal
Antonio Carlos Alencar Carvalho

Repositório Autorizado

TST - Registro nº 24/2001
STF - Registro nº 34/2003
STJ - Registro nº 56/2005

CONVÊNIOS E PARCERIAS



REVISTA BONIJURIS.

Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas
Bonijuris, 1989 — Diretor: Luiz Fernando de
Queiroz.
Mensal (Boletim decencial até junho/2001)

ISSN 1809-3256

1. DIREITO — Periódico I. PARANÁ. Instituto de
Pesquisas Jurídicas Bonijuris

FALE CONOSCO

0800-645-4020

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Carlos Facioli Chedid
Carlos Alberto Silveira Lenzi
Carlos Roberto Ribas Santiago
Clèmerson Merlin Clève
Edésio Franco Passos
Hélio de Melo Mosimann
Humberto D'Ávila Rufino
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
João Casillo
João Oreste Dalazen
Joel Dias Figueira Júnior
Luiz Fernando Coelho (coordenador)
Manoel Antonio Teixeira Filho
Manoel Caetano Ferreira Filho
Maximiliano Nagl Garcez
Rolf Koerner Júnior
Zeno Simm

DIRETOR

Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO DE PESQUISADORES

André Barbieri Souza
Carlos Oswaldo M. Andrade
Eduardo Cambi
Elionora Harumi Takeshiro
Geison O. Rodrigues (coordenador)
Geraldo Vaz da Silva
José Lúcio Glomb
Joseph Ernst Gardemann Filho
Luciano Augusto de Toledo Coelho
Luiz Carlos da Rocha
Luiz Salvador
Maria de Lourdes Cardon Reinhardt
Paula Tiemi Toyofuku
Rafael Cessetti (pesquisador-editor)
Rogério Distéfano
Roland Hasson
Sérgio de Aragon Ferreira
Solange Roessle
Yoshihiro Miyamura

REPOSITÓRIO AUTORIZADO

TST Nº 24/2001
STF Nº 34/2003
STJ Nº 56/2005

Revista Bonijuris
ISSN 1809-3256
Qualis C – Capes
Ano XXIII - Nº 568
Edição Mensal - Março/11

Editor
Jornalista Arnaldo Anater
(*in memoriam*)

Sumário**DOCTRINA**

Metaética dos Direitos Humanos	05
<i>Luiz Fernando Coelho</i>	
A Utilização de Conceitos de Direito Criminal para a Interpretação da Lei de Improbidade	18
<i>Marcelo Harger</i>	
O Princípio da Fungibilidade Recursal como Garantia do Fim Social do Processo	27
<i>Gelson Amaro de Souza</i>	
<i>Bruna Izídio de Castro Santos</i>	
A Prestação de Serviços de Assistência Judiciária Efetuada pelos Sindicatos aos seus Associados	30
<i>Luiz Fernando Vescovi</i>	
<i>Lucimara Moriggi</i>	
A Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador Frente aos Organismos Geneticamente Modificados	32
<i>Liliana Collina Maia</i>	

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

STJ/Ministro João Otávio de Noronha: Dano Moral por Inscrição Indevida em Órgão de Proteção ao Crédito Prescinde de Prova, Mesmo que se Trate de Pessoa Jurídica	37
STJ/Ministro Massami Uyeda: Notificação Prévia do Arrendatário de Imóvel Residencial se Faz Necessária para a Propositura de Ação Reintegratória	38
STJ/Ministro João Otávio de Noronha: Interposição de Recurso Manifestamente Improcedente Caracteriza Litigância de Má-Fé	39
STF/Ministro Joaquim Barbosa: É Aplicável o Princípio da Insignificância em Crime de Estelionato no Qual a Lesão Patrimonial Foi Inexpressiva	40
TST/Ministro Augusto César Leite de Carvalho: Indicada a Pessoa Jurídica e seu Representante Legal em Procuração de Empresa, Não é Obrigatória a Indicação do Cargo ..	42
STJ/Ministro Mauro Campbell Marques: É obrigatória a Manutenção de Farmacêutico em Distribuidora de Medicamento Após a Vigência da Medida Provisória 2190-34/01	44
TRF/4a. Região/Desa. federal Maria de Fátima Freitas Labarrère: É Possível a Remissão de Débito Tributário Inferior a Dez Mil Reais, Vencidos Até 31.12.2007, Desde Que o Devedor Não Possua Outra Pendência Perante a Fazenda Nacional	46

EMENTÁRIO

Civil - Comercial	47
Imobiliário	48
Processo Civil	50
Penal - Processo Penal	52
Trabalhista - Previdenciário	53
Administrativo - Constitucional	56
Tributário	57

LEGISLAÇÃO

Decreto 7.428/11 - Alteração do Valor do Saque da Conta do FGTS em Decorrencia de Desastre Natural	59
Decreto 7.435/11 - Regulamentação da Cobrança, Fiscalização e Arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados	59
Decreto 7.437/11 - Aplicação de Alíquota Zero ao Imposto sobre Produtos Industrializados sobre Produto Doadado a Município do Rio de Janeiro em Estado de Calamidade Pública	59

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A Efetivação de Servidores Precariamente Empossados <i>Sub Judice</i> em Cargos de Provimento Efetivo à Luz da Constituição Federal	60
<i>Antonio Carlos Alencar Carvalho</i>	

EVENTOS/NOTÍCIAS	66
-------------------------------	-----------

COEDIÇÃO:

AMAPAR - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
AMC - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS CATARINENSES
AMATRA - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO - IX E XII

INSTITUTO DE PESQUISAS JURÍDICAS BONIJURIS

R. Marechal Deodoro, 344 - 3º and. - CEP 80010-010 - Curitiba - PR

www.bonijuris.com.br

Administrativo/Comercial

Fone-fax: (41) 3323-4020

bonijuris@bonijuris.com.br / comercial@bonijuris.com.br

Suporte Técnico

Fone: (41) 3019-3193 - suporte@bonijuris.com.br

Jurídico - Pesquisa - Serviços de Apoio

Fone: (41) 3322-3835 - juridico@bonijuris.com.br

NESTA EDIÇÃO

A seção *Doutrina* inicia com o doutor em ciências humanas e professor universitário **Luiz Fernando Coelho**, que preleciona acerca da metaética dos direitos humanos, que procura justificar racionalmente os juízos que atribuem aos direitos humanos a condição de fundamento da própria ordem jurídico-política. Argumenta que a ética dos direitos humanos envolve o alcance axiológico da moral, ou seja, a moral não é somente normativa, sendo também valorativa e pode ser conceituada como moral social: conjunto de crenças que se expressam em valores e princípios que atuam intersubjetivamente no inconsciente coletivo.

Marcelo Harger, advogado ensaio do doutor em direito do Estado, escreve sobre a utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da Lei de Improbidade - Lei 8.429/92, face à inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos criminais e por improbidade. Assevera que, em que pese se tratar de uma lei civil, a interpretação a ser dada a ela é equivalente à das leis penais, pois restringe direitos de diversas categorias por intermédio da aplicação de penalidades. Assim, diversos conceitos pertinentes ao direito penal podem ser aplicados na interpretação da referida norma legal, como os princípios da tipicidade, da individualização das penas, da insignificância e da alternatividade, o erro de tipo e o arrependimento posterior.

O doutor em direito e professor universitário **Gelson Amaro de Souza** juntamente com a acadêmica **Bruna Izídio de Castro Santos** tratam do princípio da fungibilidade recursal como garantia do fim social do processo. Aduzem que a aplicação desse primado colabora com a existência de um processo civil mais célere e efetivo, impedindo que este ande em descompasso com a realidade social, e que a priorização da finalidade em detrimento da forma contribui para um processo mais justo.

Na sequência, o advogado e professor universitário **Luiz Fernando Vescovi** e a acadêmica **Lucimara Moriggi** discorrem sobre a prestação de serviços de assistência judiciária efetuada pelos sindicatos aos seus associados. Após ponderarem com propriedade sobre o tema, concluem que tal prestação de serviço pelo órgão representativo de classe configura uma das formas essenciais de se atingir o tão almejado Estado Democrático de Direito.

Ao término da seção, a advogada **Liliana Collina Maia** pondera acerca da tutela jurídica à saúde do trabalhador frente aos organismos geneticamente modificados. Arrazoa que, constatada a nocividade do transgênico, certamente haverá consequências para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual se mostra necessário que este seja devidamente informado dos riscos existentes.

Em *Legislação* transcrevemos os seguintes textos legais, em sua redação integral: **Decreto 7.428**, de 14 de janeiro de 2011, que dá nova redação ao Decreto 5.113/04, alterando o valor do saque na conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS por evento caracterizado como desastre natural; **Decreto 7.435**, de 28 de janeiro de 2011, que apresenta nova redação ao Decreto 7.212/10, que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI; e **Decreto 7.437**, de 10 de fevereiro de 2011, que altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI.

Na seção *Como Decidem os Tribunais*, o procurador do Distrito Federal **Antonio Carlos Alencar Carvalho** versa a respeito da efetivação de servidores precariamente empossados *sub judice* em cargos de provimento efetivo. À luz da Constituição Federal e com amparo na jurisprudência pátria, alega que ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem gozar do respaldo de aprovação válida em concurso público específico para preenchimento do posto.

Boa leitura.

Equipe Bonijuris

METAÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS*

Luiz Fernando Coelho

*Professor da Faculdade Internacional de Curitiba (Facinter)
e da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (Cesul)
lfcoelho@coelhogoncalves.adv.br*

*Conferência proferida no Doutorado em Filosofia do Direito na Universidade de Buenos Aires, em 17/11/10, e na Sessão de abertura das II Jornadas NordPatagônicas de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, na Universidade Nacional de la Patagônia em Puerto Madryn, em 22/11/10.

Sumário

1. Ética, metaética e direito *humanitário*
2. A controvérsia sobre a fundamentação dos direitos humanos
3. É possível apriorizar a normatividade empírica?
4. É possível um direito natural empírico?
5. Egologia dos direitos humanos
6. A utopia possível

1. Ética, metaética e direito *humanitário*

A consciência moral deve ser compreendida sob o duplo aspecto do ser humano, individual e social.

Em sua individualidade, como ser racional, há uma pressuposição de que o homem é dotado de livre-arbítrio, dádiva de Deus, que o criou à sua imagem e semelhança; nessa condição, a capacidade de emitir juízos morais sobre os próprios atos e sobre os de outrem, tomados individual ou coletivamente, é imposição antropológica inafastável.

Por outro lado, a condição de animal social, o *zoon polyticon* definido por **Aristóteles**, enfatiza o lado social da consciência ética, ou seja, a capacidade de julgar é também implicação da socialidade¹. Daí que o estudo dos critérios da moralidade individual e social tem sempre figurado no núcleo das investigações filosóficas, bem como a própria normatividade que tais critérios engendram.

Mas o estudo propriamente científico da moralidade só foi possível, na Europa do renascimento, a partir do humanismo. Embora tenha servido inicialmente para aludir às letras e às artes que tomaram como modelo o pensamento greco-romano², o humanismo veio a assumir o estatuto de crítica filosófica, reunindo teses que apontam para o ser humano como o mais importante referencial para a compreensão da trajetória revelada em todas as expressões culturais. Mas a crítica humanista também serviu para embasar a liberação da ética dos preconceitos mitológicos e religiosos e, após levar ao antropocentrismo em ciência e filosofia, passou a subsidiar o redirecionamento da moral para a busca de seus fundamentos além dos mesmos preconceitos. Almejava-se uma ética científica para embasar uma moral que se pretendia universal.

Ora, se podemos nos referir a uma ética humanística, podemos estender seu significado para sua aplicação à moralidade consubstanciada na produção jurídica da sociedade, um direito humanístico, que agora se concentra nos direitos humanos. Entretanto, o histórico da construção desse novo ramo da dogmática e do saber jurídico subsidia a adoção do nome “direito humanitário”, ramo interdisciplinar que reúne as normas dispersas no amplo leque da normatividade positiva, referentes aos direitos humanos, bem como as teorizações que sobre elas se constroem. O que ocorre com o direito humanitário vem em paralelismo com outras disciplinas jurídicas, tais como o direito ambiental e o biodireito.

A expressão “direito humanitário” foi inicialmente forjada para a proteção específica dos direitos humanos da lei da guerra³. É uma primeira fase da construção do direito internacional dos direitos humanos, pois o objetivo era reunir as normas que, no cenário internacional, em face das atrocidades das guerras do século XX, procuravam estabelecer limites à autonomia dos Estados no que concerne ao tratamento que deveria ser dispensado aos soldados feridos, prisioneiros e às pessoas em geral.

Vê-se então que os direitos humanos se afirmam no cenário internacional como direitos concretos, substanciais, que as legislações deveriam definir como prerrogativas e correspondentes deveres jurídicos. Entretanto, o anseio de torná-los universais veio a revestir forma normativa a partir da Conferência Mundial de Direitos Humanos, sediada em Viena, em 1993.

É precisamente em função dessa universalidade que se suscita um problema doutrinário relevante, o da legitimidade para elaborar um rol de tais direitos e impô-los aos povos do mundo, bem assim, o do

critério dessa universalidade, se uma declaração normativa formal ou o fato da observância por uma expressiva maioria em termos mundiais. E o que fazer quando povos e culturas diferentes entendem, também diferentemente, quais são os direitos humanos? Finalmente, se transformados em normas jurídicas internacionais, qual a competência para a tomada de decisões em caso de violação, e quem então terá o poder de sancionar e reparar legitimamente tais violações?

Superada essa fase inicial da construção de novo ramo do direito, a expressão pode ser atualmente utilizada para definir o conjunto de normas do direito positivo voltadas para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, particularmente, no que concerne ao tratamento dado a cidadãos, que se veem espoliados em seus direitos humanos por parte de autoridades governamentais.

O direito humanitário envolve, portanto, além do aspecto dogmático relacionado com normas nacionais e internacionais, uma consideração de caráter zetético e crítico, pela qual se estudam os conteúdos substanciais dessas normas em função de sua efetividade e de sua correspondência com a natureza ética dos direitos humanos.

Uma citação de **Bobbio** dá a dimensão da nova disciplina: “*O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.*”⁴

O plano dogmático da proteção jurídico-humanitária diz respeito ao direito positivo, às cartas constitucionais e às convenções internacionais, ao que Bobbio entendeu como problema jurídico. Os aspectos zetético e crítico anseiam a construção de uma teoria dos direitos humanos, com o objetivo de defini-los, apontar os critérios pelos quais devem ser declarados na legislação constitucional e infraconstitucional, sua natureza e seu fundamento. A crítica dos direitos humanos, que não pode dissociar-se dos outros dois aspectos, corresponde à alusão ao modo mais seguro para obstaculizar seu uso ideológico, a atuação política para obtenção de fins outros que não o da proteção humanitária, ainda que em nome dos direitos humanos.

O direito humanitário vai assim haurir seus fundamentos numa ética que igualmente envolve os dois planos existenciais do humano, a moral individual e a moral social.

Podemos falar de uma ética humanitária, portanto, estendendo seu significado para a moralidade social consubstanciada na produção jurídica da sociedade, que ora se concentra nos direitos humanos através do direito humanitário.

A ética dos direitos humanos envolve o alcance axiológico da moral, ou seja, a moral não é somente normativa, ela é também valorativa e, como tal, tem seu desvalor, que é a ausência de ética.

Se um indivíduo ético tem seu correspondente no indivíduo aético, os fundamentos da ética enquanto moralidade, individual e social, devem considerar as implicações do desvalor consubstanciado na ausência de ética, tanto nos comportamentos quanto nas normas que os regem. Daí minha proposição de empregar a

expressão “direito humanitário” para aludir ao conjunto de regras jurídicas centradas nos direitos humanos. É preferível direito humanitário a direito humanístico, em respeito às origens da expressão, apesar da conotação que a liga à ideia de caridade. Mas ambas as expressões evocam o ser humano, algo ligado à essência humana.

A ética pode ser conceituada como moral social, conjunto de crenças que se expressam em valores e princípios que atuam intersubjetivamente no inconsciente coletivo. Pressupondo-se que os valores aceitos pela sociedade tendem a expressar-se através da Constituição e das leis, ela está em estreita vinculação com a ordem jurídica. E, assim, no plano da normatividade, compreende a ética social e a jurídica, sendo esta o conjunto dos princípios éticos subjacentes ao positivo em geral e ao humanitário em especial.

De acordo com uma divisão proposta por **Carlos Nino**, compreende três partes: ética analítica ou *metaética*, ética normativa e ética descritiva ou sociológica⁵.

A primeira procura justificar racionalmente os juízos que atribuem aos direitos humanos a condição de fundamento da própria ordem jurídico-política. A segunda, determinar os princípios básicos de justiça e moralidade, bem como as consequências específicas que incidem sobre tais juízos. E a terceira, considerando a sociedade mundial presente, investigar até que ponto os critérios de racionalidade ora aceitos possibilitam ações diretas para implementação e defesa dos direitos humanos, seja no interior das nações, seja mediante alguma forma de interferência nas sociedades estrangeiras.

Esse último aspecto é particularmente relevante na época atual em face de problemas tais como terrorismo, produção potencial ou atual de armas de destruição em massa e o alcance das várias formas de fundamentalismo. Indaga-se, por exemplo, se a defesa dos direitos humanos torna justa uma ação militar, o que tem sido estudado no contexto da teoria da guerra justa⁶.

Nesta conferência, dada a amplitude dos assuntos, restrinjo-me ao primeiro aspecto, a metaética dos direitos humanos.

Antes, porém, de adentrar o tema, importa resolver uma questão semântica em torno do significado das expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, pois conteúdos praticamente iguais são atribuídos a outras expressões, tais como *direitos naturais*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas* e *direitos fundamentais do homem*⁷.

A discrepância terminológica se verifica na própria legislação, pois constituições há que falam em direitos humanos e os articulam com os fundamentais, ao mesmo tempo em que se referem a direitos individuais. Na França, o apego ao termo *droits de l'homme* conota o intuito de lembrar o pioneirismo da Declaração de Direitos de 1789, o que levou à prevalência da denominação *direitos humanos* no direito internacional, objeto, aliás, de nova disciplina dotada de relativa autonomia: *Direito Internacional dos Direitos Humanos*⁸, enquanto que as constituições preferem aludir a direitos fundamentais, caso da Espanha, Alemanha, Portugal e Brasil.

No Brasil, a Constituição de 1988 fala em direitos e garantias fundamentais, albergando regras relativas a direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos inerentes à nacionalidade e direitos políticos. Tal abrangência leva à ilação de que todo esse elenco constitui o conjunto dos “direitos fundamentais”.

O que ocorre nessa confusão terminológica é que o conceito de direitos fundamentais tende a ser absorvido pelo de direitos humanos, como reação natural das nações que se consideram civilizadas em face dos despotismos e, principalmente, da ainda recente tragédia das duas guerras mundiais e das experiências do nazismo, fascismo, ditaduras latino-americanas e outras manifestações de ideologias totalitárias que devotavam absoluto desprezo pela dignidade humana. A cavaleiro da reação contra tudo isso, desenvolveu-se a noção de que a violação dos direitos humanos afeta a toda a humanidade, configurando *crimes contra a humanidade*.

Além disso, o conceito de direitos humanos presta-se a certo detalhamento descritivo e, assim, abrange um leque bastante amplo de prerrogativas reconhecidas aos indivíduos, grupos comunitários e outros que transcendem a esfera individual. Incluem-se nesta situação certos direitos culturais próprios de minorias, relativos ao fato de serem diferentes, se apresentarem alguma característica que desvia o grupo do que é aceito como normalidade. Declara-se que cada indivíduo é titular inato do direito de ser reconhecido pela sociedade como portador de uma cultura que se manifesta no idioma, na religião, nos sistemas de parentesco, nos hábitos alimentares e outros fatores⁹.

Fica claro que ambas as expressões se equivalem, mas, se atentarmos para o significado semântico da palavra *fundamento*, verificaremos que os direitos fundamentais, justamente por serem fundamentais, antecedem os humanos numa ordem lógica, embora possam coincidir quanto ao conteúdo. Analogamente ao conceito kelseniano de norma fundamental, se as normas jurídicas têm por finalidade a declaração de direitos subjetivos, podemos considerar que fundamentais são os direitos subjetivos pressupostos de todos os outros direitos. Ou seja, os chamados direitos fundamentais é que constituem os fundamentos dos direitos humanos.

Tal entendimento coincide com a definição proposta por **Ferrajoli**: direitos fundamentais são os direitos subjetivos aos quais as normas de determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas. Essa anterioridade leva a uma classificação dos direitos subjetivos constitucionais, os quais compreendem quatro classes: *direitos humanos*, que se referem a todas as pessoas, *direitos civis*, pertencentes às pessoas dotadas de capacidade civil, independentemente de sua cidadania, *direitos públicos*, os do cidadão, independente de sua capacidade civil, e *direitos políticos*, os quais se referem somente às pessoas que sejam cidadãos e tenham capacidade civil¹⁰.

Os direitos fundamentais têm validade em si, não se vinculando aos direitos anteriores. E direitos humanos são especificações históricas dos primeiros, ligadas à experiência concreta do evoluir da civilização. Ambos convergem para uma valoração bastante expressiva, enunciada como *dignidade da pessoa humana*.

2. A controvérsia sobre a fundamentação dos direitos humanos

A maior parte das teorias que apontam para uma solução teórica ao problema da fundamentação dos direitos humanos, que possa subsidiar a ação política para sua implementação e garantia, espelha uma oposição entre duas orientações, uma de caráter apriorístico e outra de caráter empírico, que podemos dizer, por analogia, aposteriorístico; *a priori* e *a posteriori* têm por referencial a experiência histórica.

Essa divisão corresponde apenas em parte à tradicional, que opõe jusnaturalismo e juspositivismo, e, também em parte, a outra divisão recorrente, entre doutrinas universalistas e historicistas.

Por apriorismo entende-se que os direitos humanos não dependem de sua definição jurídico-positiva para se configurarem como tais; eles são *a priori* em relação às constituições, tratados e leis, que apenas os declaram e lhes asseguram certo grau de eficácia. A característica apriorista dos direitos humanos é a razão de sua universalidade, eis que são fruto de uma dedução racional da natureza das coisas, a qual fornece os primeiros princípios da ação humana dimanada do livre-arbítrio e não podem fundamentar-se de outro modo.

Em sentido contrário, o aposteriorismo, equivalente a empirismo, nega a existência de direitos *a priori* e afirma seu caráter histórico, eis que são incorporados

ao direito positivo como vigentes, vale dizer, são *a posteriori*. Além disso, sustenta que a juridicidade dos direitos humanos, na medida em que sua observância se reveste de obrigatoriedade sancionada, não decorre de uma descoberta lógico-dedutiva ou indutiva, mas é resultado dos movimentos sociais que acabam por introduzi-los na consciência coletiva, como resultado de um trabalho de conquista e afirmação por parte de segmentos da população espoliados em sua dignidade.

Essa posição empirista parece catalisar a preferência da pesquisa jurídica, movida pela necessidade de revestir suas teses de certa aparência de cientificidade. Isso não obstante, não consegue safar-se de uma influência ideológica que compromete esse desiderato oculto de neutralidade epistêmica.

Ambas as orientações aceitam a característica de universalidade dos direitos humanos, mas divergem quanto ao papel da razão na busca de critérios metaéticos para fundamentá-los.

Para o apriorismo, a razão descobre direitos pré-existentes, os quais existem em função da própria natureza humana. Para o aposteriorismo, a razão, embora possa estar inspirada nas leis da natureza, exerce um papel criativo, ou seja, os direitos humanos são construídos racionalmente ao sabor das circunstâncias históricas que marcam a evolução ético-jurídica das sociedades humanas. São *a posteriori* em relação ao direito positivo e à experiência histórica, e sua universalidade decorre de conveniências políticas na ordem interna e internacional. Ou seja, não são

Se podemos nos referir a uma ética humanística, podemos estender seu significado para sua aplicação à moralidade consubstanciada na produção jurídica da sociedade, um direito humanístico, que agora se concentra nos direitos humanos

aprioristicamente universais, mas, sim, na medida de sua aceitação por todos os povos da terra.

As diferentes concepções do direito natural, cosmológico, metafísico, teológico ou racionalista refletem a visão apriorista. Mas a tendência atual é desprezar a postura jusnaturalista, optando por outro enfoque, biopsíquico, sociológico ou histórico-evolucionista. De modo geral, entende-se que os direitos humanos constituem produto do trabalho humano.

Esta é a primeira das mais relevantes controvérsias quanto à eficácia dos direitos humanos, a qual ocorre no campo doutrinário, mas que se reflete nas antinomias engendradas em direito constitucional e internacional. São *hard cases* que opõem, por exemplo, o princípio da segurança jurídica à tese da relativização da coisa julgada, o princípio da autodeterminação dos povos à doutrina da guerra justa, o direito à vida do embrião humano às alegadas necessidades de manipulação embrionária para o progresso da ciência, o princípio da legalidade democrática às justificativas morais para a desobediência civil.

Mas existe um ponto de encontro entre as duas orientações. Por paradoxal que seja, ambas invocam o universalismo dos direitos humanos como objetivo ético a atingir, a aspiração de que os direitos humanos, uma vez declarados na legislação interna e internacional, são conquistas irreversíveis a serem aos poucos incorporadas aos textos constitucionais. Não se trata de definir doutrinariamente a universalidade dos direitos em questão a partir de inferências lógicas, mas de torná-los válidos e vigentes em todo o mundo.

Em defesa da primeira orientação, entende-se que os direitos humanos, ainda que tardiamente reconhecidos nos sistemas de direito positivo, estão hierarquicamente acima de todos os demais direitos, são absolutos e universais por serem lógica e ontologicamente apriorísticos. O fato de não terem sido reconhecidos não lhes tira a qualidade de inerentes à pessoa humana, cuja dignidade, atributo que resume a condição ética da reunião de todos os direitos humanos, vigentes ou não, é o valor mais alto a ser concretizado pelo direito positivo.

Já o empirismo aspira à universalidade dos direitos humanos em função da história, num sentido de progressivo aperfeiçoamento até o estágio atual da civilização ocidental, quando já não subsistem condições para o regresso à barbárie. Os direitos humanos são reconhecidos como algo a ser respeitado e implantado nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo civilizado, sob a égide de organizações internacionais, especialmente a Organização das Nações Unidas – ONU.

Sob o empirismo podem ser subsumidas as orientações doutrinárias definidas como utilitaristas, sociológicas, argumentativistas e axiológicas, cuja discussão extravasa os limites desta conferência.

Isso não obstante, pode-se adiantar que as controvérsias suscitadas em virtude do confronto desses posicionamentos podem ser superadas por nova leitura do apriorismo que sua oposição ao empirismo. É uma dialética que desconstrói o que se apresenta como oposição lógico-formal, mas que resulta compreensível ao pensamento racional a partir da reunião de três enfoques: a noção de um direito natural não apriorístico, definido como existencialista em oposição ao essencialismo, a axiologia jurídico-política elaborada pela filosofia egológica e novo enfoque ao problema

dos juízos sintéticos *a priori*, exposto por Kant na Crítica da Razão Pura.

Começamos por Kant, que vai fornecer o arcabouço lógico e gnoseológico da tese que pretendemos expor.

3. É possível apriorizar a normatividade empírica?

O criticismo kantiano tem vindo em socorro de algumas posições empiristas, as quais lançam mão do conceito de imperativo categórico, a categoria formal da razão prática, imposição apriorística do dever incondicionado, expressa no enunciado: *age de modo tal que a máxima de tua ação possa valer como lei universal*.

Os teóricos da metaética empírica pretenderam colmatar o vazio desse enunciado com conteúdos éticos originados das respectivas convicções ideológicas, seja privilegiando o interesse geral, seja os princípios elaborados a partir de um consenso da sociedade, seja as regras básicas de justiça impostas por uma autoridade transcendente ou decorrentes do costume social, entendendo-se que a maioria de seus membros teriam atingido elevado grau de cultura e civilização; seja, enfim, as regras sociais impostas pela vontade geral do povo, pressupondo-se a democracia como a mais perfeita forma de organização e governo da sociedade. Mas tais conteúdos não poderiam de modo algum ser apriorísticos, eis que resultado da evolução histórica, tendo causa eficiente na vontade, permanecendo a intenção apriorística apenas no formal, ou na abstração jusnaturalista.

Como transformar um princípio ético de elaboração empírica num imperativo apriorístico da razão prática? Se Kant indagava acerca de possibilidade de juízos sintéticos *a priori*, é possível indagar se existem imperativos concretos *a priori*.

A resposta é positiva. Se a experiência dos povos constrói os direitos humanos, estes devem atuar nas consciências individuais e nas relações intersubjetivas como imperativos concretos *a priori*. Em suma, a descoberta e elaboração dos direitos humanos é fruto da experiência histórica, *a posteriori*, mas estes assumem uma condição apriorística, e tal assunção incorpora-se à sua essência.

Como isso é possível? A solução nos é indicada por nova leitura da doutrina do direito natural.

Para o apriorismo humanitarista, os direitos humanos são construídos racionalmente, mas, uma vez declarados, são absolutos e irreversíveis, funcionando como espécie de direito natural. Para o aposteriorismo historicista e empírico, os direitos humanos correspondem a um sentimento coletivo de sua necessidade, são construídos na medida do avanço da civilização e, uma vez declarados, são da mesma forma universais e irreversíveis, como fruto da experiência social dos povos civilizados.

Essa possibilidade não foi explorada por Kant na crítica da razão pura especulativa, que limitou-se às condições apriorísticas do conhecimento. A indagação sobre a regra universal *a priori* da ética foi considerada nas outras duas críticas, a da razão prática e a do juízo, bem como no estudo da metafísica dos costumes¹¹.

O que entretanto agora nos interessa é que os mesmos pressupostos que levaram às formas *a priori* da sensibilidade e do entendimento podem subsidiar a teoria da universalidade apriorística de direitos concretos, especialmente os direitos humanos, considerados direitos fundamentais. Em suma, podem conduzir à

superação da aporia da impossibilidade de um imperativo concreto *a priori*.

Cumpra esclarecer que a atribuição de universalidade às leis científicas enunciadas mediante juízos sintéticos *a priori* não é uma conclusão apodítica, embora ostente uma forma silogística rigorosa, mas resulta de atos de vontade. As leis são universais porque foram propostas como tais e aceitas pela comunidade científica em face da reunião de argumentos suficientes para tanto. Isso foi demonstrado *quantum satis* por **Karl Popper**¹² e **Gaston Bachelard**¹³, que desconstruíram a pretensão de verdade universal da ciência elaborada segundo a concepção positivista.

Do mesmo modo, apriorizar certos princípios éticos, aqueles que **Reale** aponta como invariáveis axiológicas, é produto de uma vontade generalizada no sentido de que sejam aceitos por todos os povos, que sejam verdadeiramente universais.

Se considerarmos que os direitos humanos, uma vez elaborados racionalmente através da vivência histórica, podem universalizar-se potencialmente, pode essa universalidade incorporar-se à sua essência como imperativos *a priori*, ou seja, constituir o elemento substancial que faltava ao imperativo categórico kantiano? Cumpra então indagar como são possíveis enunciados normativos concretos *a priori*.

Na primeira crítica indaga Kant acerca da possibilidade de juízos sintéticos *a priori*, os instrumentos com que as ciências empírico-indutivas descobrem as leis da matéria e da vida, com pretensão de validade universal. E formula sua resposta afirmando que o fundamento de validade desses enunciados radica no próprio pensamento, nas formas *a priori* da sensibilidade e do entendimento.

Ora, os enunciados a que se referia Kant eram os de uma lógica alética, voltados para a descrição de fenômenos, os fatos da natureza, e não os deonticos, descritivos de um dever-ser. Se considerarmos que os imperativos da conduta, especialmente os referentes aos direitos humanos, são *a posteriori*, cumpra indagar kantianamente como são possíveis enunciados normativos concretos *a priori*.

Tal como a resposta à indagação sobre os juízos sintéticos *a priori* levou às formas *a priori* do conhecimento, também a indagação sobre a possibilidade de normas concretas *a priori* vai encontrar na existência histórico-evolutiva do ser humano a resposta adequada. Nesse processo, o homem cria os direitos humanos e lhes atribui universalidade apriorística em termos de validade.

A compreensão desse novo enfoque para os conteúdos concretos das normas definidoras e garantidoras dos direitos humanos vem no bojo da filosofia existencial, particularmente, com a noção de um direito natural existencial.

4. É possível um direito natural empírico?

É bem verdade que a revolução copernicana operada por Kant na busca dos fundamentos

transcendentais do saber, e que o levou à busca dos pressupostos universais da ação, acabou no formalismo das regras abstratas e vazias de conteúdo. Desenvolvimentos posteriores dessas duas orientações enriqueceram sobremaneira a metaética do direito, mas não há registro de tentativas de apriorização de regras jurídicas concretas.

O postulado kantiano do imperativo categórico influenciou todo o desenvolvimento posterior da filosofia do direito, e resultou na busca dos pressupostos universais dos juízos da razão prática, os quais convergiram para as formas normativas abstratas e vazias de conteúdo.

Além do imperativo categórico do próprio Kant, os neokantianos de **Maihofer** e **Baden** introduziram o conceito abstrato de norma jurídica nucleada no *sollen* (dever-ser) como categoria gnoseológica e no conceito também abstrato de valor.

A teoria do direito natural poderia então ser aproveitada para fundamentar cientificamente os direitos humanos, se despojada de seu caráter metafísico, de forma a compatibilizá-la com as correntes empiristas. É que a tradição jusnaturalista procura o direito natural numa essência humana universal previamente dada, o que contradiz as posturas empiristas. Mas a contradição desaparece quando o direito natural é procurado na existência do ser humano concreto, um direito natural existencial, um *a posteriori* que converge para um *a*

priori.

A concepção de um direito natural existencial responde a essas indagações quando enfatiza que os direitos são elaborados paralelamente à criação humana de sua própria essência. Se o homem é eixo e flecha do processo da evolução natural, como preleciona **Teilhard de Chardin**, a criação dos direitos humanos, como expressão dos princípios éticos fundamentais, é parte desse processo. O homem cria os direitos como parte de sua evolução, e igualmente os aprioriza dentro do mesmo processo. Esses direitos, uma vez criados, integram as constantes axiológicas a que se referia Reale.

Deve-se distinguir entre a lei e a norma. A lei declara o conteúdo da norma, mas esta é abstrata, um objeto ideal. Mas a concreção da norma expressa mediante a lei envolve também a realização de valores, e estes, em se tratando de direitos humanos, uma vez concretizados, tornam-se universais, apriorizam-se como imperativos concretos e universais.

Diferentemente do imperativo categórico kantiano e das posturas dos neokantianos, que fundamentam o direito natural numa essência previamente dada, os direitos humanos absorvem na condição de imperativos as conquistas da civilização que levaram os povos a os considerarem justos e adequados.

Stammler e **Rénard** podem ser considerados pioneiros. O primeiro aplicou o dualismo kantiano de *noumenon* e *phaenomenon* à vida social. Entendeu que o direito natural era um forma *a priori* que todavia comportava conteúdos variáveis, e que todo direito era uma tentativa de direito justo¹⁴. Em Rénard, no bojo de

A ética dos direitos humanos envolve o alcance axiológico da moral, ou seja, a moral não é somente normativa, ela é também valorativa e, como tal, tem seu desvalor, que é a ausência de ética

sua teoria da instituição, o direito natural não é estático e imutável como na escola clássica, nem de caráter apenas formal como em Stammler, mas de conteúdo progressivo, o qual subsidiaria na história a consolidação das instituições¹⁵.

Entretanto, em Stammler e Rénard o direito natural se aprioriza como emanção da natureza humana dada, embora seja uma natureza que se aperfeiçoa com o avanço da cultura, mas sempre um direito a ser descoberto pela razão, conforme a tradição iluminista.

Por ousado que possa parecer, a ideia de um direito natural culturalmente criado, ao invés da tradicional concepção de um direito natural metafísico, encontra seus fundamentos antropológicos e sociológicos em termos de evolução e de criatividade.

Essa nova postura foi introduzida pela filosofia existencial, antevendo-se a possibilidade de um direito natural criado que absorve e supera o direito natural dado, de base metafísica, na medida em que se considera a natureza humana como a unidade entre essência e existência e também como um *eidós* continuamente criado e recriado pelo próprio homem.

O universo em que vivemos é produto de uma cosmogênese, algo que está sendo criado, e o sentido de sua evolução não é indagação metafísica mas competência da ciência: descobrir o sentido da evolução, eis a chave para a solução do problema do homem, da história e do universo. É uma cosmovisão que ultrapassa as ciências naturais e invade a química, a física, a sociologia e as matemáticas, as ciências humanas e as religiões.

O homem é o eixo desse processo evolutivo, é o fim para o qual a evolução caminhou, mas que, a partir dele, deixou de ser cego e determinado de maneira heterônoma para tornar-se um movimento consciente e voluntário. Só que agora o homem não é o espectador do processo cosmogênico, mas seu regente, a partir da passagem da vida animal para a vida cultural, quando ele adquire capacidade de fazer, o que vai muito além de sua capacidade de ser¹⁶. Ou seja, o homem é diretamente responsável por sua própria evolução e por isso ele é cocriador do mundo e criador de si mesmo e da sociedade que o envolve, sendo igualmente por ela responsável, responsabilidade que envolve a solução dos problemas básicos da sociedade através do direito que o próprio homem cria e da justiça que realiza.

Essa essência não apriorística está, portanto, apta a fundar a justiça dela proveniente, não como algo previamente dado por um ser metafísico ou racionalmente inferido de normas igualmente metafísicas, mas como valores que o homem cria em função de sua existência concreta, a qual não é de modo nenhum um produto do meio ambiente, mas uma conquista, uma criação presidida pela consciência.

Essa cosmogênese dialética é a derradeira tentativa de compreensão global da história e do homem perante o universo, na esteira de Santo Agostinho, Hegel, Marx, Fechner, Maihofer, Teillard de Chardin e Baptista Machado.

E está igualmente presente nas contemporâneas elaborações sociológicas que dão sustentáculo empirista ao formalismo kantiano que vê a consciência do dever como imperativo categórico. Trata-se da tese sociológica da existência de um sentido básico e permanente do dever-ser e do sentimento de justiça como objeto de investigação sociológica.

Esse dever-ser básico e permanente é objeto da sociologia do direito e tem sido observado desde que Ehrlich passou a estudar o *direito vivo* da sociedade, com função de organização pacífica interna. E também passou a considerar as condições em que se desprendem do direito vivo as normas jurídicas superpostas.

Entre os juristas sociólogos que se ocuparam do tema, podem ser citados **Petrzhitski**, **Timasheff**, **Max Weber**, **Pontes de Miranda** e **Cláudio Souto**¹⁷. Este autor refere-se a pesquisas efetuadas nos Estados Unidos e outros países da Europa, além da Alemanha, que consideram o *sentimento de justiça* como algo empiricamente observável. Apoiado em **Jacob Balzarian**, afirma que a realidade do direito deve ser averiguada em termos das experiências biopsíquicas do homem, o mais importante de todos os fatores que constituem a base material da sociedade, pois, afinal, a história e a sociedade são feitas pelos homens e para os homens. As noções de consenso comunitário, em **Dworkin**, e do pacto de justiça como fundamento de uma *well ordered society*, de **Rawls**, pressupõem também a existência de um dever-ser inerente à sociedade.

É nova maneira de considerar o homem e a sociedade, a qual ultrapassa não somente a concepção idealista do homem a partir de um *noumenon*, um conceito universal que soeria condicionar idealizações a respeito do homem individual, como também enfatiza o ser concreto, o indivíduo humano dotado de características todas próprias e criador de sua própria essência. É a visão existencial do homem aberto para o ser, a autoenriquecer-se na sua criatividade imanente como indivíduo e membro de um grupo social, voltado para sua própria transformação e para a transformação da sociedade, num sentido eudemonístico que lhe integra a própria essência.

Desse ponto de vista antropológico o homem surge como produto da evolução, mas ao mesmo tempo causa dessa evolução. Esta não é concebida com um sentido de hierarquia em relação aos estágios anteriores, mas com um sentido de aquisição e enriquecimento, não para coisas que lhe são dadas da natureza ou produto de elaboração metafísica, mas de coisas que ele mesmo cria para seu próprio bem e para o bem dos que o cercam.

O processo evolutivo de que o homem é parte decorre de sua adaptabilidade aberta e criadora, sendo sua existência histórica um contínuo de aquisições: o homem é produto de sua ação no mundo, donde se infere que a história é criação e que o homem cria sua própria natureza.

Essas conquistas da antropologia e sociologia desenvolvidas no século passado construíram as bases de nova visão da doutrina do direito natural, apta a envolver os significados inerentes ao sentido de transformação da ordem social; se a ordem é injusta, é preciso transformá-la numa ordem justa. Desaparece a oposição entre direito natural e crítica do direito, entre direito natural e ideologia, e entre direito natural e anarquia, entre universalismo apriorista e empirismo historicista, superando-se um maniqueísmo doutrinário que já se havia integrado ao senso comum dos teóricos da filosofia e da ciência do direito.

Finalmente, o enfoque antropológico da natureza humana como auto e ontocriação destrói a aparente antinomia entre jusnaturalismo e culturalismo, pois a ideia de um saber jurídico comprometido com a transformação das estruturas sociais e seu direito tem o

mesmo fundamento epistêmico que a dialética de um direito natural em constante devir, eis que lembra a totalidade e a transformação imanentes à ação do homem na sociedade e aos resultados dessa ação.

5. Egologia dos direitos humanos

A teoria do direito natural em devir não se esgota nos conteúdos jurídicos e políticos de suas regras, mas articula-se com as elaborações de outra poderosa corrente do pensamento jusfilosófico, o culturalismo fenomenológico. Em especial, as elaborações consubstanciadas na compreensão dialética do objeto das ciências sociais e dos saberes jurídico e político, a qual subsidia as teorias tridimensionais do direito e do Estado¹⁸. A axiologia desenvolvida a partir dessas concepções veio a constituir o núcleo do direito natural existencial.

Embora todos os tridimensionalismos jurídicos tenham elaborado teses que convergiram para sistemas de valores, é em Carlos Cossio que encontramos a mais vigorosa afirmação de valores fundamentais que, tendo em vista a efetivação dos direitos humanos, são dignos de apriorização.

Com efeito, para responder à questão sobre quais direitos foram, estão sendo e serão elaborados através da história como conteúdo do direito natural existencial, socorre-nos a teoria egológica do direito, de Carlos Cossio, terceira vertente de nova concepção acerca da fundamentação dos direitos humanos. Em particular, a visão da liberdade metafísica como pressuposto ontológico dos valores, bem assim a forma como são articulados.

A partir da análise fenomenológica empreendida por Cossio sobre a realidade subjacente ao que a dogmática jurídica tradicional pressupõe como constituindo o direito, considera-se que a essência ontológica da norma jurídica é de natureza ideal e que a do direito, enquanto forma de experiência social concreta, radica na intersubjetividade das condutas sociais. A norma jurídica é então o conceito que sintetiza a união entre sujeito e objeto do conhecimento jurídico, sendo este objeto, no que tange à sua materialidade, a conduta em interferência subjetiva. Mas ambos se fundem nas valorações canalizadas pela norma, o que a teoria egológica tem em comum com os tridimensionalismos de Reale, **Goldschmidt** e **Recaséns**.

Se em Reale o significante básico para a definição dos direitos fundamentais é a pessoa humana, o valor fonte, esse conceito traz implícita a ideia da liberdade, apresentada pela teoria egológica como liberdade metafísica fenomenizada. Pessoa humana e liberdade são indissociáveis e, portanto, pressuposto unitário de todos os valores e direitos deles procedidos, e também pressuposto do próprio direito enquanto disciplina da conduta.

A liberdade é assim definida como axioma ontológico fundamental do direito, expresso no brocardo *tudo o que não está proibido está juridicamente permitido*. Nas palavras de Cossio, “*el dato ontológico de que lo primero y originario del Derecho, como contenido, es la*

libertad jurídica”. Mais adiante: “*La única libertad verdadera, es decir la única libertad que sea libertad, es la libertad metafísica*.”¹⁹

Esclareça-se que liberdade metafísica é a originária, ínsita na vontade do sujeito, em virtude da qual ele pode optar entre todas as possibilidades decorrentes da interferência intersubjetiva de condutas, inclusive a prática de atos definidos como delitos. Não se trata do livre-arbítrio característico da natureza racional do homem, mas da liberdade da conduta *no direito*, liberdade jurídica.

A ideia da liberdade como pressuposto ontológico já se vislumbra em **Leibniz** e **Schelling**, e incorpora-se ao existencialismo de Heidegger, chegando a Cossio.

Em **Heidegger**, a liberdade identifica-se com o próprio fundamento, princípio único a estabelecer livremente as condições que necessariamente se desenvolvem. Para esse filósofo existencialista, a liberdade é a própria essência do fundamento²⁰.

Compreendida como pressuposto ontológico dos valores e, via de consequência, de todos os direitos subjetivos, tal noção é ponto de encontro entre Cossio e Rawls, pois ambos a apresentam como autonomia, o que implica uma atitude de busca, de exploração, de criação de formas novas e melhores, busca que acaba por revelar-se um processo de libertação, liberdade positiva²¹.

Na concepção egológica, a liberdade metafísica se fenomeniza de modos diferentes, e essas diferenças refletem os valores fundamentais²², o que leva a ter por fundamentais os direitos a eles vinculados. São especificações dogmáticas, visto que o sentido jurídico das condutas sobre as quais incidem decorre da lei.

Mas a análise fenomenológica da norma jurídica enquanto objeto ideal leva às formas jurídicas da liberdade, subsumidas na estrutura lógica da norma jurídica. Esta compreende os quatro elementos básicos da interferência intersubjetiva de condutas, o *fato* ou *ato* antecedente definido como *jurídico*, do qual decorre imputativamente a *prestação*, e o ato constituinte do inadimplemento do dever de prestar, ou deveres correspondentes, caracterizando-se o *ato ilícito*, relacionado imputativamente ao dever de aplicar a *sanção jurídica*.

Essas quatro determinações normativas são manifestações da liberdade jurídica, sendo que as modalidades decorrem dos dois modos pelos quais a norma se refere à conduta, e que traduzem a licitude e a ilicitude.

Em sua conotação lícita, a interferência intersubjetiva possibilita uma escolha livre, sem consequências punitivas, é o fazer ou não fazer decorrente do axioma ontológico fundamental que estabelece a identidade entre conduta e liberdade. Tanto faz realizar o ato quanto omiti-lo, pois em ambos os casos o agente estará dentro da licitude.

Já na conotação ilícita, o agente está submetido a um dever cujo incumprimento acarreta outro dever, o de o Estado – considera-se-o aqui como forma atual de organização social aplicar a sanção normativamente prevista. A liberdade implica a possibilidade de adimplir a obrigação ou de praticar o ato ilícito.

As diferentes concepções do direito natural, cosmológico, metafísico, teológico ou racionalista refletem a visão apriorista. Mas a tendência atual é desprezar a postura jusnaturalista, optando por outro enfoque, biopsíquico, sociológico ou histórico-evolucionista

Não se deve, todavia, enclausurar o conceito de liberdade em sua compreensão puramente negativa, a qual se deve à necessidade histórica de limitar o poder político, mas articulá-la com um conceito dinâmico, liberdade que implica uma atitude de busca, de exploração, de inovação de formas novas e melhores, e que acaba por revelar-se na experiência um processo de libertação²³.

As formas jurídicas da liberdade reduzem-se, portanto, a quatro modos de exercício da conduta: *ação*, *omissão*, *dever* e *delito*. As três primeiras ocorrem no campo da licitude e somente uma das formas de atuação caracteriza a ilicitude. Neste caso, optar pelo ilícito é também manifestação de liberdade, sabedor o agente de que sua escolha o leva à prática de atos contrários ou pelo menos não condizentes com o modelo preconizado pela regra jurídica. E, por isso, está sujeito a sanção jurídica. A liberdade, mais do que um direito subjetivo, é condição necessária de todos os direitos.

Os atos de *fazer*, *omitir*, *dever* e *delito* confrontam-se na conduta em função dos dois aspectos da existência humana ressaltados no início, a individualidade e a socialidade. A primeira se manifesta como *autonomia*, a segunda como *heteronomia*.

A autonomia importa o autodomínio da consciência individual, a qual determina o comportamento, ainda que influenciado pelas circunstâncias exteriores a ela, de que a natureza é a primeira. A determinação inicial da natureza é a própria sobrevivência, como indivíduo e como espécie, e o valor que dessa exigência decorre é a segurança. O ser humano enquanto parte da natureza almeja segurança.

É um valor que se manifesta no indivíduo como sentimento de segurança, que se articula com as condições sociais que possibilitam seu exercício pelo indivíduo, a paz e a solidariedade. Esta é o laço espiritual que une os indivíduos do grupo social, mas os três valores se unem na interferência intersubjetiva das condutas no meio social.

A heteronomia implica a imposição de determinações vindas do exterior da consciência. Elas se articulam com o *forum internum* da pessoa para assegurar a eficácia das determinações da autonomia, as quais impõem as garantias da heteronomia. Para que haja segurança é necessário haver ordem, e para haver paz impõe-se a garantia do poder, o qual se confunde com a própria forma de organização da sociedade. Poder não é a existência de uma autoridade suprema, mas a coordenação das miríades de centros de poder existentes nos diferentes e variados grupos sociais. Saliente-se que tal noção de poder disseminado no meio social, mas coordenado na organização social, antecede a tese foucaultiana da microfísica do poder. A organização do poder é a garantia da paz e da solidariedade.

Em suma, os valores decorrentes da autonomia são a *segurança*, a *paz* e a *solidariedade*, que se articulam respectivamente com os valores decorrentes da heteronomia, a *ordem*, o *poder* e a *cooperação*.

Os valores se caracterizam por sua polaridade e, assim, a todo valor positivo corresponde um negativo, ou desvalor. Seguindo a ordem acima, os desvalores da autonomia são a *insegurança*, a *discórdia* e a *exclusão*. Quanto aos da heteronomia, o desvalor do poder é a *opressão*, o da cooperação é a *massificação*. Esta consiste num modo de coexistir, pelo qual se anula a personalidade dos indivíduos, que participam das tarefas

sociais mecanicamente, como abelhas ou formigas, tendo sua conduta moldada desde o exterior heterônomo sem a coincidência de uma adesão da própria consciência.

Já a ordem apresenta dois desvalores, um intrínseco, que a nega axiologicamente, e outro extrínseco, que a nega faticamente. O desvalor intrínseco da ordem vem por sua hipertrofia, é a ordem exagerada que desqualifica a heteronomia fundada na coexistência, porque a prejudica ou impede. A esse excesso de ordem Cossio dá o nome de *ritualismo*, ou *formulismo*, mas podemos considerá-la, hoje em dia, simplesmente como o vício administrativo da *burocracia*, que transforma o meio, o instrumento, em fim em si mesmo. O excesso de burocracia leva ao desgaste da pessoa com o cumprimento de trâmites burocráticos sem nenhuma razão que os justifique.

Cossio compara a ordem à pele do corpo humano e o ritualismo a uma armadura medieval. A pele se adéqua às necessidades do corpo, a armadura o imobiliza até anulá-lo. É uma ordem excessiva que oprime ao invés de libertar.

O desvalor extrínseco da ordem é a *desordem*, a carência ou ausência de ordem. Em outro contexto, Cossio se refere à *anarquia* como desvalor da ordem²⁴.

Com base nessa correlação, é possível estabelecer que os direitos fundamentais, pressupostos dos direitos humanos e dos demais direitos públicos e privados, são os que diretamente decorrem dos valores igualmente fundamentais da autonomia e da heteronomia. E a liberdade aparece nesse contexto como pressuposto ontológico dos direitos fundamentais, identificando a própria essência da pessoa humana.

Mas essa noção de pressuposto ontológico dos valores, expressados como princípios, e dos direitos humanos, pode ser estendida a três outros pressupostos: a vida, a igualdade e a cidadania.

Quanto à vida, definida como direito fundamental e, nas atuais cartas constitucionais, acrescida do direito à qualidade de vida, assegurada às presentes e futuras gerações²⁵, é também pressuposto dos demais direitos.

A vida é a pré-condição para que a racionalidade a assuma como autonomia, a qual decorre da consciência de si, e como heteronomia, que decorre da intersubjetividade presente nas relações sociais. É a razão que estabelece o *ethos* da existência.

Mas se a vida é a condição natural para a afirmação dos direitos, o direito de ser livre, implicação do pressuposto existencial da liberdade, é o primeiro direito que então se afirma, porque o homem não nasce escravo, servo, trabalhador, patrão ou empregado, mas nasce livre, devendo essa liberdade originária ser respeitada pela ordem jurídica.

Se todos os homens nascem livres, também nascem iguais. Eis a compreensão da igualdade como pressuposto dos direitos humanos, fundando o direito existencial de ser tratado como igual na medida das desigualdades originárias ou circunstanciais.

O pressuposto da igualdade impõe à organização social que atenua ou anule as desigualdades através da ação política. Nos países que têm a democracia e o Estado de Direito como horizonte ético, já não se contesta, ao menos doutrinariamente, o pressuposto da isonomia jurídica, ainda que se anseie pela isonomia econômica e social. Eis o direito fundamental da *igualdade*

existencial, corolário da vida articulada com a liberdade, sendo as desigualdades causadas por fatores culturais.

Em Cossio, a igualdade é vista no dinamismo do existir, o que revela as desigualdades que podem, não obstante, igualar-se. Por isso, à igualdade presente na natureza propõe Cossio o conceito de *igualação*, presente no mundo da cultura²⁶.

Direitos fundamentais são, portanto, vida, liberdade e igualdade, sendo esta o vínculo ontológico que une os dois primeiros valores da autonomia com os correspondentes da heteronomia. Se a essência da segurança e da paz está em que todos nascem iguais e assim devem permanecer, as desigualdades que provêm de fatores culturais contrários à natureza provocam desequilíbrio, exacerbando-se a ordem em detrimento da segurança e o poder em detrimento da paz.

Além desses direitos básicos decorrentes da autonomia, surge outro derivado da heteronomia e relacionado com os valores da solidariedade e da cooperação. É a cidadania, ou seja, o direito de ter uma pátria, cuja antítese é a apátrida.

Da mesma forma que a igualdade, também a cidadania vincula-se à liberdade como pressuposto ontológico dos direitos fundamentais. Nas democracias atuais, o ser humano é visto como livre, igual a todos perante a lei e cidadão de um país, que é a sua pátria. Hanna Arendt teve a intuição da cidadania como pressuposto, em sua definição, *o direito de ter direitos*²⁷.

A cidadania é também decorrência da condição natural do homem de viver em sociedade através das formas comunitárias naturais e culturais, entre as quais a família, as organizações intermediárias, como a empresa, o clube social e o sindicato, e o Estado. Neste caso, se considerarmos o Estado como a organização social das comunidades no mundo de hoje, se entendermos que ele deve assegurar os outros direitos humanos, eis aí o fundamento do direito de cidadania.

Em suma, se todos os homens nascem livres, iguais e cidadãos, constituem direitos fundamentais o direito de viver, o direito de ser livre, o de ser tratado com isonomia em todas as circunstâncias e o direito de ter direitos.

Relativamente à justiça, nenhuma das doutrinas contemporâneas afastou a tradição que remonta aos pré-socráticos e obteve sua formulação sistemática em **Platão** e Aristóteles, ou seja, como virtude e regra do equilíbrio. Em Rawls, por exemplo, ela é a principal virtude das instituições sociais. Na ótica egológica, a justiça é também um valor, o do equilíbrio entre os valores da autonomia e da heteronomia, tendo como pressuposto a liberdade metafísica.

Entretanto, a justiça não flutua sobre os outros valores sem um substrato ôntico. Pelo contrário, enquanto o plexo axiológico se integra com todos os valores intersubjetivos, a justiça tem seu substrato na coexistência. Não como circunstância, mas em si mesma, como entendimento comunitário que se expressa mediante comportamentos, quando então se realiza ou se frustra.

Não importa o perfil do entendimento comunitário, seja como ordem ou segurança, como poder ou paz, como cooperação ou solidariedade, quando ele ocorre já se vive a justiça em seu sentido histórico. Por isso, ela é um valor de totalidade, acompanhando cada um dos valores parciais. Por exemplo, se uma instituição realiza uma boa ordem, mas uma solidariedade má, ela é injusta. Daí que a justiça assume o mesmo estatuto ontológico da vida, liberdade, igualdade e cidadania, ou seja, pressuposto de todos os direitos.

Na justiça, a mera coexistência aparece como razão suficiente, à medida que coexistir é entender-se e que este entendimento se vive com a emoção da justiça²⁸.

A razão suficiente se expressa de três modos: como razão de existência, razão de essência e razão de verdade. Do mesmo modo, a justiça como razão suficiente também se identifica como existência, essência e verdade. Como existência, ela é liberdade, tanto no existir individual quanto no coexistir social. Como essência, ela é criação, a qual se opõe à pura necessidade. E como razão de verdade, ela é igualdade, porque a igualdade caracteriza a identidade, sendo o princípio de identidade o supremo princípio da razão.

Se a liberdade é condição essencial da pessoa, a justiça o é da sociedade, e ambos convergem para a igualdade, a dimensão social da liberdade e da justiça. Vida,

liberdade, igualdade, cidadania e justiça são os primeiros direitos fundamentais, além de valores fundamentais, pois neles se fundam todos os demais direitos. Sendo a justiça um valor de equilíbrio, ela é também um direito fundamental, o de *ter justiça*.

Essa dimensão existencial estende-se aos demais pressupostos, quando definidos como direitos humanos: é o direito de viver, o direito de ser livre, o direito de sentir-se igual e ser tratado com igualdade²⁹, o direito de ser cidadão, equivalente ao direito de ter direitos, e o direito de ter justiça.

6. A utopia possível

Na exposição de sua axiologia, Carlos Cossio³⁰ apresenta a estrutura ideal de duas sociedades fictícias. Entretanto, não as preencheu de conteúdos empíricos visando a uma sociedade ideal, mas como hipóteses limite para modelos de sociedades concretas. Com fulcro nesses modelos, é possível investigar o alcance prático do plexo axiológico proposto.

Refere-se o mestre a uma hipotética *sociedade dos santos*, onde ninguém comete delitos, a qual se antepõe à hipótese limite oposta, o estado de *guerra de todos contra todos*. Proponho denominar à primeira, Helênia, à segunda, Devília³¹.

Neste ensaio de construção de nova teoria sobre os fundamentos dos direitos humanos, Helênia e Devília serão os referenciais para separar as hipóteses de eticidade e aeticidade, ou seja, a oposição que ocorre entre virtude social da ética e sua ausência absoluta, equivalente à corrupção como doença da sociedade. Helênia é o reino da ética, Devília o império da corrupção. Como se trata de hipóteses extremas, a ética em Helênia

Se a experiência dos povos constrói os direitos humanos, estes devem atuar nas consciências individuais e nas relações intersubjetivas como imperativos concretos a priori

é o limite superior que uma sociedade baseada na ética pode alcançar, e Devília, o máximo grau da corrupção no seio de uma sociedade.

Os habitantes de Helênia viveriam plenamente os valores positivos, contraposta à sociedade de demônios, Devília, que seria o império dos valores negativos³². Que valores são estes e como se articulam na estrutura social de Helênia e Devília? E como repercutem nas sociedades históricas que as tomam por modelo?

Relembremos que o núcleo da utopia cossiana é a ideia de liberdade, presente não propriamente como direito fundamental, mas como pressuposto de todos os direitos. A questão crucial que então se apresenta é como torná-la concreta, o que pressupõe uma evolução no sentido da racionalidade articulada com o aperfeiçoamento ético do ser humano. Este o ideal a atingir pelo direito. Muito mais do que manter a ordem social, articulando as interferências das ações individuais, é ordenar os caminhos para esse aperfeiçoamento.

Helênia corresponde a uma sociedade de indivíduos não corrompidos, que teriam superado as deficiências do estado de natureza através do aperfeiçoamento pessoal. Em tais condições ideais, o adimplemento das regras de convivência decorreriam não de condições sociais heterônomas, mas da imposição autônoma das consciências, em virtude do alto grau de desalienação dos indivíduos.

Já os habitantes de Devília ostentariam todas as deficiências humanas do estado de natureza, inclusive o egoísmo e a vontade de poder. Além desses, todos os valores negativos que a teoria tradicional do direito oculta, mas que estão presentes em todo ordenamento e que introduzem a discórdia, a ira e o desejo de vingança.

Para a compreensão dos fundamentos da nova ética em ambas as cidades, e como se articulam para formar a metaética dos direitos humanos, é preciso retomar as noções basilares expostas por Cossio.

Recapitulemos que *vida, liberdade, igualdade, cidadania* e *justiça* são os pressupostos que dão legitimidade aos direitos fundamentais definidos nas leis, os fundamentos ontológicos dos direitos humanos. A legitimidade dos direitos calcados sobre tais pressupostos leva à legitimidade das vontades no sentido de sua apriorização, qualificando-os como universais. Da mesma forma, legitima as ações políticas visando à sua implementação universal.

Somente nesse estatuto de pressupostos é que podemos chegar à razão das diferenças entre Helênia e Devília. Em ambas as cidades, os habitantes vivem em situação de liberdade, igualdade e cidadania, e internalizaram plena e conscientemente idênticos critérios de justiça que estabelecem o equilíbrio entre os valores decorrentes dos pressupostos da vida, liberdade, igualdade e cidadania. Em tais condições, em sua existência individual e social, têm toda a capacidade de sopesar os valores e desvalores da autonomia e da heteronomia.

Entretanto, os habitantes de Helênia teriam optado por viver a plenitude dos valores da segurança, paz e solidariedade, uma opção racional resultante da extensão de seu autoconhecimento. Essa opção no sentido da reunião desses valores para que as existências individuais a eles se adaptem, caracteriza precisamente a ética social.

Em Devília, a comunidade da guerra de todos contra todos, seus moradores viveriam os desvalores da

insegurança, da discórdia e da exclusão, também por uma escolha racional, mas seus habitantes estão absolutamente impossibilitados de um autoconhecimento, porque a imagem que se autoprojetaram da própria coletividade é uma imagem alienada que leva à corrupção. Tal como em Helênia, a opção dos habitantes de Devília no sentido da insegurança, da discórdia e da exclusão leva à total ausência de ética, à absoluta corrupção.

Pode-se concluir que a ética é a virtude da sociedade e a corrupção a doença da sociedade.

Surge aí o problema de situar a justiça nesse contexto. Se ela é um valor de equilíbrio, não poderá sê-lo em relação a Devília, pois não há equilíbrio possível entre os desvalores, tanto da autonomia quanto da heteronomia. Só existe equilíbrio em relação aos valores positivos, mas a condição de pressuposto ontológico dos direitos não fica prejudicada, pois, em função dos demais pressupostos, também presentes em Devília, seus habitantes têm a consciência dos critérios que poderiam torná-la desejável, em qualquer sociedade. Mas sua liberdade ontológica os leva a recusarem esses critérios, o que é uma das causas do estado de guerra de todos contra todos.

Ambos os modelos estão presentes nas sociedades históricas, pois nestas a vivência dos valores se dá em certo equilíbrio com seus respectivos desvalores, o que minimiza os conflitos sociais e proporciona estabilidade. Mas os desequilíbrios existem e, quando intoleráveis, com a prevalência da corrupção manipulada pela articulação dos valores negativos da insegurança, desordem e exclusão, ocorrem conflitos que vão culminar em sublevações, revoltas populares, revoluções intestinas e até mesmo as guerras.

É no equilíbrio entre os valores da autonomia e da heteronomia que radica a justiça, que não se distancia dos princípios com que John Rawls enuncia a liberdade e a igualdade, em sua visão da justiça como equidade, *justice as fairness*. Tal o *idealtypus* de sociedade subjacente às concepções utilitaristas, sociológicas, argumentativistas e axiológicas, chegando à sociedade democrática construída através da história, tida quase que unanimemente como, se não a melhor, pelo menos a mais eficaz para assegurar uma ordem social razoavelmente equilibrada, ou seja, uma ordem *justa*. E justiça significa a garantia dos direitos humanos, os quais devem ser declarados nas constituições, bem como os meios de torná-los efetivos.

O desequilíbrio entre os valores da autonomia e da heteronomia é decorrente de diversos fatores, mas um deles deve ser destacado: a alienação, o *non videre* dos cidadãos, que compromete o consenso que conduz à democracia. E somente através da educação obtém-se a minimização dos males que a alienação produz, de resto, um produto da ideologia, imagem que os indivíduos têm de sua sociedade e do mundo que a envolve. Essa imagem presta-se à manipulação por parte dos detentores da maior parcela de poder social³³.

A escolha de um modelo de ética social que se aproxime de Helênia é responsabilidade de seus habitantes, que devem exigir dos governantes a ação política adequada, na qual a educação está no primeiro patamar. É a educação que desaliena e liberta o cidadão, pois o alienado é mais propício para ser cooptado para a cidade de Devília. É digno de nota que o papel da educação para a construção da sociedade justa, aberta

e equilibrada tem sido posto em relevo pela maioria dos governos que optam por políticas de desenvolvimento sustentável. Mais ainda, o direito à educação tem sido, quase à unanimidade, considerado direito fundamental³⁴.

Entretanto, uma ação política que vise à realização desses objetivos deve privilegiar a ordem social identificada na ausência de conflitos e na garantia da impossibilidade de sua ocorrência.

Eis aí o grande drama das políticas atuais, pois não se avaliam as causas dos conflitos o que se impõe é a manutenção da ordem a qualquer preço. E o preço vai desde a imposição pela força das armas de uma ordem que convém a setores da sociedade, cujos interesses não coincidem com os da maioria da população, até sua imposição ideológica mediante o uso dos instrumentos de manipulação das consciências para que se entreguem à cegueira e alienação coletivas. Daí a experiência histórica de outras formas de autoritarismo, revolucionário ou guerreiro, ou um autoritarismo disfarçado pelas imagens ideológicas dos velhos e novos mitos do direito e do Estado. A mitologia jurídica, que deifica o Estado e diviniza os governantes, dissemina a imagem de que suas ações estão voltadas para o bem comum, embora a realidade seja a defesa dos interesses de poucos que se beneficiam dessa ordem, mais para Devília do que para Helênia.

Se a corrupção é a doença da sociedade, a ética é sua virtude. Mas o conceito de virtude social não é assim tão simples, e sua compreensão requer uma visão retrospectiva de como o tema tem sido tratado pela filosofia.

A filosofia política contemporânea tem estabelecido como hipótese de pesquisa justamente o ideal de sociedades perfeitas, moldadas numa concepção racional que pretende excluir, seguindo a tendência positivista e analítica predominante na atual filosofia jurídica e política, qualquer fundamentação metafísica, inclusive em referência à doutrina do direito natural. O resultado tem sido a prevalência da visão utilitarista que privilegia uma concepção de sociedade identificada no primeiro mundo, ou seja, que o decisivo em matéria de ética social é que as decisões que a expressam correspondam às expectativas gerais de uma comunidade que esses autores consideram ideal, mas preenchida com conteúdos empíricos extraídos da experiência histórica do primeiro mundo.

Em Dworkin, a moralidade intrínseca de tal sociedade teria sido racionalmente construída mediante complexos processos de formação de convencionalismos, principais fatores determinantes dos comportamentos intersubjetivos. E nessa formação destaca-se a compreensão de um *modus vivendi* manifesto nas instituições políticas e jurídicas, compreensão forjada pelas conquistas históricas, em que a democracia é colocada como horizonte inquestionável³⁵. Essa utopia aproxima-se da *well ordered society* de Rawls³⁶.

Torna-se evidente que os fundamentos éticos dessa sociedade seriam os valores forjados na história das sociedades ocidentais, de berço europeu, cuja

moralidade deles decorrentes já teria sido assimilada pelas sociedades evoluídas.

Esses valores e a principiologia neles embasada são apresentados como o que de melhor a humanidade teria produzido. Mas dificilmente se omite que seu referencial é uma sociedade ainda entregue aos devaneios do utilitarismo mais retrógrado, ao sonho da maior felicidade para o maior número, mas uma sociedade que se considera momento culminante de uma evolução ética que já teria ultrapassado todos os estágios de barbárie. Tal ideologia, inclusive, legítima o direito das mesmas sociedades de exportarem seus valores para outras consideradas inferiores. Mas o que realmente exportam é o lixo cultural do primeiro mundo, que aos poucos descaracteriza e destrói a produção cultural autêntica dos povos considerados bárbaros. Trata-se de espécie de darwinismo social que aniquila o que é considerado inferior sem substituí-lo por algo que possa ser considerado melhor.

Subjacente ao discurso grandiloquente que dissemina tal ideologia em todo o mundo está a defesa intransigente da propriedade privada, amparada no princípio da liberdade, seu principal fator de legitimação, uma ideologia voltada para políticas de desenvolvimento a qualquer preço, ainda que o preço seja o terrorismo oficial dissimulado pela aparência de boas intenções.

As expressões globalizadas desse mesmo discurso permeiam

de forma avassaladora a doutrina política e econômica elaborada em centros de pesquisa considerados de excelência, os quais incutem uma cultura utilitarista que disfarça os reais interesses, de natureza prevalentemente econômica, ou de caráter estratégico militar, a pretexto de combate ao terrorismo ou de defesa dos direitos humanos. Enquanto os governos das nações mais ricas do planeta se entregam à ganância militar, a população do Haiti, talvez a nação mais miserável do mesmo planeta, situada no quintal dos fundos da América, é dizimada pela fome, pelas epidemias e pela desordem administrativa.

Da análise das teorias econômicas e da filosofia política que emanam desses centros de excelência da cultura ocidental verifica-se que, realisticamente, elas postulam certo equilíbrio entre as imposições do estágio atual de desenvolvimento das sociedades pós-modernas. Um equilíbrio entre novos valores, consubstanciados nos conceitos de *isonomia*, *crescimento econômico* e *liberdade política*. Ora, igualdade em todos os sentidos é o ideal de um Estado de justiça, um crescimento econômico permanente e consistente, e ainda sustentável no plano ambiental, é o ideal do capitalismo neoliberal, e liberdade política é o ideal da democracia. É o que apregoam os corifeus da civilização euro-americana.

Assim, o que a sociedade globalizada hoje impõe é a instituição de Estados que assegurem a democracia, o crescimento econômico e a igualdade jurídica e social de seus cidadãos. Mas esta, que permeia os outros dois valores, a liberdade política como ideal do Estado democrático de direito e o crescimento econômico como ideal não só do capitalismo articulado com o neoliberalismo, mas também de qualquer planificação

A concepção de um direito natural existencial responde a essas indagações quando enfatiza que os direitos são elaborados paralelamente à criação humana de sua própria essência

econômica, ainda que de bases socialistas, omite o valor do equilíbrio consubstanciado na justiça, hoje, mais do que nunca, justiça social. E para que se possa realizar um mínimo de justiça social é necessário que haja equilíbrio entre esses três ideais, e um Estado que consiga efetivá-lo será um Estado de Justiça.

Quanto à igualdade, ao direito de igualação, ela é hoje interpretada economicamente, não como relatividade na justiça distributiva, mas como igualdade na distribuição de renda. É então preciso reafirmar que a relatividade da justiça distributiva implica a relatividade da distribuição da renda. Ou se acaba com a miséria das populações marginalizadas ou não existe nem igualdade e muito menos justiça. E se os homens são iguais e desiguais ao mesmo tempo, impõe-se que essa desigualdade seja uma circunstância individual decorrente da natureza e não da organização jurídica da sociedade, nem da administração política da economia. E mesmo essa desigualdade natural, como as implicadas por fatores genéticos ou adversidades naturais, pode ser corrigida mediante uma atuação política eficiente.

O confronto entre as exigências da igualdade e o pressuposto da liberdade pode acarretar consequências indesejáveis para o direito de ser livre. Ainda que seja necessário limitar o alcance da liberdade, a autonomia do indivíduo não pode ser relegada a plano secundário, a uma subordinação que violente as iniciativas políticas para sua construção e incorporação numa sociedade que aspire a ser, além de livre, justa.

O processo democrático impôs-se na história como a melhor maneira de resolver os conflitos sociais. Uma sociedade onde existem desigualdades estimula conflitos e, para evitar o caos social, tais conflitos devem ser resolvidos pela representação dos interessados. Por outro lado, o processo econômico que busca introduzir certa racionalidade no mercado, que não seja a mera racionalidade instrumental que submete os meios à finalidade da acumulação de riquezas, parece constituir um mecanismo adaptativo eficiente para uma produção de bens que efetivamente acabe com a miséria.

Quanto a este segundo aspecto, o que a história demonstra é que o exercício da individualidade nas múltiplas tarefas decorrentes da divisão do trabalho social – o homem cidadão que trabalha como produtor, consumidor, operário, inventor, intelectual, empresário etc. – é grandemente favorecido quando a sociedade civil não está submetida à tutela de um Estado autoritário, ou que seus valores individuais não estejam subordinados aos impostos por uma ordem político-ideológica, religiosa ou militar.

Nas condições de liberdade sem tutela dogmática fomenta-se a criatividade e a invenção, gerando a capacidade de elaborar formas de organização social do trabalho que privilegiem a eficácia produtiva e a inovação tecnológica.

Esse fenômeno, de resto facilmente observável no contexto atual da economia, mostra uma intrigante correlação entre liberdade política, liberdade econômica e desenvolvimento material. Não se trata, porém, de simples causalidade, mas implicação dialética, pois a ausência de um desses fatores resulta na descaracterização dos outros dois.

É por isso que a articulação entre democracia e liberdade de mercado vem se impondo no mundo contemporâneo em condições de acomodar aqueles três valores, *isonomia, crescimento econômico e liberdade*

política, os quais não são de nenhum modo incompatíveis, desde que possam permear todo o processo de desenvolvimento comunitário; se um deles falha, ficam comprometidos os outros dois, pois de nada vale a eficácia produtiva sem que dela decorra a liberdade de pensamento e ação e a igualdade na oportunidade dos meios necessários à realização eudemonística dos habitantes de Helênia. ■

Referências

- AGUIAR, O. A. (org.) *et all. Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2006.
- ARENDT, Hanna. *Da revolução*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.
- ASTESANO, Eduardo. *Historia ecológica y social de la humanidad*. Buenos Aires: Castañeda, 1979, v. I.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto *et all. Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacais e out. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. São Paulo: Papirus, 1997.
- CHARDIN, P. Teillard de. *O fenômeno humano*. Rio de Janeiro: Martins, 1965.
- CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Globalización/Marginación: implosión demográfica? *In Bioética e Biodireito*, nº 5. Rosário: Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2000.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- COSSIO, Carlos. *Teoria de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 84.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *La dinámica de la libertad*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Versão espanhola: *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XXI.
- HEIDEGGER, Martin. Sobre a Essência do Fundamento. Trad. Ernildo Stein. *In Heidegger, Martin. Conferências e escritos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 20. ed. 1988.
- LÁFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: o desafio a ter Direitos. *In AGUIAR, O. A. (org.) et all. Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2006.
- MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*. Trad. Giasone Relená. 6. ed. Rio de Janeiro: 1982.
- MACHADO, J. Baptista. *Antropologia, existencialismo e direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1965.
- RAWLS John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Fundamentos do direito*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972.

RÉNARD, George. *La théorie de l'Institution*. Paris, 1930.

TOURRAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

SOUTO, Cláudio. *Teoria sociológica do direito e prática forense*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1978, p.45ss.

STAMMLER, Rudolf. *Filosofía del derecho*. Trad. W. Toces. Madrid, 1930.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Objeção de Consciência. In Revista Jurídica *Consulex*, nº 231, de 03/08/2006. Brasília: Consulex.

VILANOVA, José M. *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1967.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Trad. Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora e ots. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 170 ss.

NOTAS

1 OLIVEIRA, A. Serafim. Antropologia Filosófica, in *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 119.

2 A palavra *humanismo* foi cunhada na Alemanha, em 1808, por F. J. Niethammer, para descrever o estudo da literatura greco-romana *literae humaniores*, cujo resgate fora uma das notas distintivas do Renascimento Italiano. Parte do atrativo dos clássicos da antiguidade fora justamente o estarem voltados para o homem, muito mais do que para as divindades. V. *Harper dictionary of modern thought*, vb. "humanism".

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

4 BOBBIO, Norberto. *L'Etá dei diritti*. Roma: Giulio Einaudi, 1990.

5 NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed., 8a. reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 354.

6 Sobre a doutrina da "guerra justa", v. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 472ss.

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 179/182.

8 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. I, p. 17/30: 401/447.

9 TOURRAINE, Alan. *O véu e a lei*. Artigo publicado na Folha de São Paulo de 11 de janeiro de 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 291ss. Tb. *Quali sono i diritti fondamentali?* In E. Vitale (ed.) *Diritti umani e diritti delle minoranze*. Torino: Rosenberg & Sellier, 2000.

10 KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*; Riga, 1785. *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga, 1788; *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, 1785. V. tradução espanhola das obras de KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, crítica de la razón práctica e la paz perpetua*, México: Porrúa, 2007.

11 POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia e Universidade de São Paulo, 1975. Tb. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1980.

12 BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. T. *A formação do espírito científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

13 STAMMLER, Rudolf. *Filosofía del derecho*. Trad. W. Toces. Madrid, 1930.

14 RÉNARD, George. *La théorie de l'institution*. Paris, 1930.

15 CHARDIN, P. Teillard de. *O fenômeno humano*. Rio de Janeiro: Martins, 1965. Tb. MACHADO, J. Baptista. *Antropologia, existencialismo e direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1965.

16 SOUTO, Cláudio. *Teoria sociológica do direito e prática forense*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1978, p. 45ss.

17 *Teoria tridimensional do direito* é a denominação dada por Miguel Reale a sua própria concepção dialética do direito como fato, valor e norma. Mas o mestre refere-se aos "tridimensionalismos genéricos", os quais abrangem outras teorias tridimensionais que não se confundem com o de sua própria criação. V. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. Tb. *Filosofía do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

18 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 653.

19 HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento*. Trad. Ernildo Stein. In Heidegger, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural 1983, p. 118ss.

20 CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *La dinámica de la libertad*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 307s.

21 COSSIO, Carlos. *Teoria egológica del derecho*. Ob. cit., p. 690.

22 CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Ob. cit., loc. cit.

23 COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 84.

24 *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 225.

25 VILANOVA, José M. *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 276.

26 LÁFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: o desafio a ter direitos*. In AGUIAR, O. A. (org.) *et all. Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2006.

27 COSSIO, Carlos. *Teoria egológica del derecho*. Ob. cit., p. 610ss.

28 COSSIO, Carlos. *Teoria de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 610ss.

29 A denominação Helênia evoca minha filha muito querida, Helena. Já o nome Devília, lembra a personagem Cruella De Vil, representada por Glenn Close, no filme dos Estúdios Walt Disney "101 Dálmatas".

30 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Ob. cit. Tb. *Teoría de la verdad jurídica*. Ob. cit., p. 610 ss.

31 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

32 GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 51, abril-junho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 53/100.

35 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Cf. versão espanhola: *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

36 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS DE DIREITO CRIMINAL PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE

Marcelo Harger

Advogado em Joinville/SC

Pós-graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná/ PUC-PR

Mestre e doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

marcelo@hargeradvogados.com.br

1. Introdução

A lei de improbidade não é uma lei criminal. A rigor, “ela elege ilícitos administrativos e cria um tipo administrativo que estaria a meio-caminho entre o tipo penal e o ilícito administrativo”¹. Outros autores conferem-lhe um caráter tipicamente administrativo².

O fato é que, não sendo penais, os ilícitos ali elencados podem ser considerados como cíveis em sentido amplo. Isso se evidencia até mesmo pelas penalidades aplicadas, dentre as quais inexistente pena privativa de liberdade. A redação, por sua vez, obedece ao estilo das leis cíveis e não ao das leis penais, onde se verifica a descrição de uma conduta proibida seguida de uma pena³.

Apesar de se tratar de uma lei civil, a interpretação a ser dada a ela é equivalente à das leis penais. Faz-se essa afirmação porque se trata de uma lei cuja observância acaba por restringir direitos de diversas categorias por intermédio da aplicação de penalidades. Isso significa dizer que para fins exclusivos de interpretação deve-se encará-la como se penal fosse, com as consequências que disso se extrai⁴. É que, como bem salienta **Daniel Ferreira**, há diversos princípios estudados pelo direito penal que devem ser invocados por ocasião da imposição de qualquer restrição de direitos aos particulares pelo Estado⁵.

Isso ocorre porque não há diferença ontológica entre os ilícitos civil, criminal e administrativo. **Regis Fernandes de Oliveira** é bastante claro a esse respeito:

“O conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do direito; pertence à teoria geral do direito. Por isso não se distinguem os ilícitos civil, criminal e administrativo, em sua essência; ontologicamente, são uma e mesma coisa.”⁶

No mesmo sentido é o entendimento de **Heraldo Garcia Vitta**:

“Ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil, são iguais; fazem parte de instituto jurídico determinado: os ilícitos jurídicos. As diferenças existentes entre os ilícitos penal, administrativo e civil constituem manifestações de um mesmo conceito, que não é próprio desta ou daquela disciplina, antes compreende todos os tipos de ilícitos do ordenamento. Trata-se de conceito lógico-jurídico, de validade universal. O conceito de ilícito não decorre deste ou daquele ordenamento jurídico, não é conceito jurídico positivo; aplica-se a todos, independentemente do lugar e do tempo que tiverem vigência.”⁷

Nelson Hungria segue a mesma linha de raciocínio:

“A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sobre um

mesmo plano, sobre um só *mapamundi*”. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal.”⁸

A inexistência de diferença ontológica em relação ao ilícito reflete-se na sanção, onde também inexistente qualquer diferença ontológica. Conforme **Régis Fernandes de Oliveira**, “inexistente diferença de substância entre pena e sanção administrativa”⁹.

Heraldo Garcia Vitta, seguindo a mesma linha, versa sobre o tema:

“As sanções penais e administrativas são iguais, homogêneas, e eventuais divergências de gravidade não significam distinção de fundo, de substância. As sanções são, ontologicamente, iguais.”¹⁰

Nelson Hungria também manifesta entendimento equivalente:

“Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena, seja de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, *e.g.*, a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior gravidade, e não diversidade de fundo. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser penas, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito à semelhança das penas criminais.”¹¹

A inexistência de diferenças ontológicas em relação ao ilícito e às sanções cíveis, administrativas e criminais implica uma mesma *ratio juris* por ocasião da decretação de sanções. As limitações ao exercício do poder punitivo estatal são extraídas diretamente do princípio constitucional do Estado de Direito, e isso faz com que as noções de teoria geral do direito que foram aprofundadas pelos estudiosos do direito penal possam ser estendidas às demais categorias de ilícitos¹². Garante-se, assim, que a repressão administrativa ou judicial de condutas ilícitas ocorra de modo não arbitrário¹³.

Evocam-se, por isso, por ocasião da interpretação da Lei 8.429/92, os princípios do direito punitivo e as regras de interpretação previstas para a infligência de punições. Há quem ressalte que há princípios gerais de direito punitivo e outros que são peculiares ao direito penal¹⁴. Embora seja correta a afirmação, é forçoso reconhecer que todos os princípios gerais do direito punitivo foram analisados mais aprofundadamente por

estudiosos do direito penal. É por essa razão que faremos referência a esse ramo do direito, sem deixar de reconhecer que a transposição de princípios não pode se dar de modo acriterioso.

É necessário esclarecer, também, que o presente trabalho não é exaustivo. Apenas apontar-se-ão linhas mestras a serem seguidas.

2. Os princípios do direito penal

O princípio mais importante do direito penal é seguramente o da *taxatividade da norma incriminadora ou da tipicidade*. A lei deve ser clara quanto aos tipos de ilícito. É necessário que o cidadão saiba taxativamente o que é lícito e o que é ilícito. Veda-se tanto a incriminação através do costume quanto a incriminação por analogia, mas não é só isso. Serve também de limite ao legislador ao elaborar tipos penais abertos¹⁵.

Outro princípio é o da *aplicação da lei mais favorável ou da irretroatividade da lei mais grave*. A lei que comina pena mais grave não retroage. A lei que comina pena menos grave é retroativa. É princípio previsto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal e também no art. 2º do Código Penal brasileiro, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Esse princípio tem como corolário a ultratividade da lei penal mais benéfica.

Há também o *princípio da proteção dos bens jurídicos*, segundo o qual:

“Não é admissível a incriminação de condutas que não causem perigo ou danos aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduos e à coletividade.

O nosso sistema jurídico está ancorado no modelo do crime como ofensa a bens jurídicos. A regra do art. 13 do CP, estabelecendo a relação de causalidade entre a conduta humana e o evento típico, é uma *guardiã fiel* do axioma segundo o qual a existência do crime depende de um resultado, ou seja, de um *dano* ou um *perigo de dano* a um bem tutelado pelo Direito Penal.”¹⁶

Vigora, ainda, como diretriz do direito penal o *princípio da culpabilidade*, que pode ser traduzido pelo brocardo latino *nulla poena sine culpa*. Trata-se de corolário do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal¹⁷.

É, também, princípio de direito penal a *proporcionalidade da pena*, segundo o qual as penas não podem exceder o limite do mal causado pelo ilícito praticado. A resposta penal deve ser proporcional à gravidade da ofensa¹⁸.

Pode ser extraído da Constituição Federal, ainda, o *princípio da individualização da pena*¹⁹, segundo o qual somente pode sofrer a sanção o autor ou partícipe do fato punível. Não se pode impor pena a terceiro que não concorreu para a infração.

O *princípio da insignificância* é aquele segundo o qual a norma penal não deve ser aplicada quando o dano ou perigo de dano são irrisórios. O bem jurídico afetado é insignificante e por essa razão a norma penal não incide.

O *princípio do in dubio pro reo ou da presunção de inocência* é o princípio segundo o qual a dúvida jamais pode autorizar uma sentença condenatória. Havendo dúvida quanto aos fatos ou ao direito pertinente ao caso, não se pode decidir contrariamente ao réu. Havendo incerteza sobre elemento normativo do tipo ou sobre o sentido da norma complementar nos tipos penais em branco, deve o réu ser absolvido.

O *non bis in idem* é o princípio segundo o qual ninguém pode ser punido duplamente pela mesma infração.

Todos esses princípios têm plena serventia por ocasião da interpretação e da aplicação da lei de improbidade administrativa. Os mais importantes serão analisados detalhadamente a seguir.

3. O princípio da tipicidade

O inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Trata-se de postulado trazido ao direito penal como consequência da evolução do Estado de Direito. O referido dispositivo traduz o postulado da legalidade penal.

Esse princípio foi incorporado ao direito criminal como garantia contra o arbítrio punitivo²⁰. Não se trata de mera legalidade, mas sim de legalidade estrita, que exige que “os delitos estejam predeterminados

pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais”²¹. Isso significa dizer que a lei penal exige a utilização de termos com extensão definida ao incriminar condutas. Não basta a reserva de lei. É necessário lei que descreva com termos exatos a conduta punível.

Figueiredo Dias ensina a esse respeito:

“O princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos.”²²

Exige-se que a conduta proibida seja descrita em termos objetivos. Figueiredo Dias, a esse respeito pontifica:

“No plano da determinabilidade do tipo legal ou tipo de garantia – precisamente, o tipo formado pelo conjunto de elementos cuja fixação se torna necessária para uma correcta observância do princípio da legalidade –, importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos. Considerar crime – para usar de exemplos que já atrás foram assinalados – as condutas

A lei deve ser clara quanto aos tipos de ilícito. É necessário que o cidadão saiba taxativamente o que é lícito e o que é ilícito

que ofendem o “são sentimento do povo” ou a “ordem dos operários e agricultores” tornaria supérfluo um grande número de incriminações dos códigos penais; mas não cumpriria minimamente as exigências de sentido ínsitas no princípio da legalidade. Do mesmo modo, se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos normativos, de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais e de fórmulas gerais de valor, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objectiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística. *Nesta acepção se afirma, com razão, que a lei penal fundamentadora ou agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei certa e determinada; e se chama muito acertadamente a atenção, nos novos tempos, para que é mais aqui até do que no plano da proibição da analogia ou da retroactividade que reside o grande perigo para a consistência do princípio nullum crimen, que é nesse ponto que reside o verdadeiro cerne do princípio da legalidade*²³ (grifo nosso).”

O raciocínio até aqui exposto acerca do princípio da legalidade criminal é plenamente aplicável à lei de improbidade administrativa, pois “a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a ideia dos tipos penais”²⁴. Tem especial relevo em face da interpretação a ser dada ao art. 11 da referida lei. Há quem pretenda que a afronta a qualquer dos princípios da administração pública acarrete a incidência do já mencionado artigo.

Essa interpretação é equivocada. Não é possível punir o cidadão com base em noção tão aberta. Nem mesmo é possível punir com base na violação aos deveres ali prescritos (honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e legalidade). Não se pode dizer que existe precisão quanto aos conceitos dos deveres ali elencados, e isso impede a punição com base na suposta infringência deles. Somente se pode punir alguém pela prática de um ato ilícito quando essa pessoa puder identificar claramente entre dois possíveis comportamentos qual deles é o proibido. Não se pode admitir que indivíduos sejam punidos com base em uma análise exclusivamente subjetiva de suas ações²⁵. Não é possível punir com supedâneo no binômio concordo ou não concordo, mas somente a partir da escolha pré-determinada pela lei entre quais ações são lícitas ou ilícitas.

Marçal Justen Filho preleciona o seguinte:

“Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da “hipótese de incidência” da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através da lei.”²⁶

O raciocínio feito pelo professor paranaense em relação às sanções administrativas amolda-se ao direito sancionatório como um todo. Isso significa dizer que a lei de improbidade administrativa somente pode ser acionada quando a hipótese de incidência por ela prevista for clara.

O único dos itens previstos no artigo 11 que possui determinação suficiente para acarretar a incidência de sanção é a afronta à legalidade. Ocorre que esse critério não pode ser utilizado sozinho. Exige-se a ocorrência do elemento desonestidade agregado à

ilegalidade, pois a configuração de improbidade depende de dolo. Isso significa dizer que a correta interpretação a ser dada ao citado artigo é a que exige o elemento desonestidade e considera que os seus incisos estabelecem, *numerus clausus*, as hipóteses que dão ensejo à incidência de penalidade por afronta aos princípios da administração pública.

É certo que haverá quem diga que a interpretação ora dada ao artigo 11 limita em muito a eficácia da lei de improbidade, dando margem à impunidade. Aqueles que assim afirmam têm razão parcial. Realmente, a abrangência da lei de improbidade fica reduzida. Isso, contudo, não significa dar margem à impunidade. Significa reconhecer que não se pode punir a qualquer custo, pois historicamente essa sempre foi uma opção que trouxe mais malefícios do que benefícios. Todas as vezes em que os aplicadores da lei tiveram a liberdade suprema de punir de acordo com critérios próprios, acabaram por abusar e condenar pessoas à fogueira simplesmente por discordarem de suas opiniões.

Sobre os perigos acerca da incriminação vaga de condutas leciona **Helena Cláudio Fragoso**:

“Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, que deixa incerta a esfera da licitude, comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão.

É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre *Soler*, “a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida.

A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador.”²⁷

O ensinamento ministrado em face do direito penal é plenamente compatível com as demais infrações. Corroborando o entendimento, agora na seara do direito administrativo, Marçal Justen Filho argumenta:

“Deve-se indicar os limites dentro dos quais se identifica, de modo inquestionável, a conduta apta a conduzir ao sancionamento.

Nem se diga que exigir a tipicidade seria dar margem à impunidade. Esse é o argumento jurídico menos defensável. Sua aplicação pressupõe a substituição do princípio da segurança e a legitimação do totalitarismo. O problema não reside em propiciar a impunidade, mas em reprimir a punição injusta e ofensiva aos valores da vida, da liberdade e da propriedade. Existem dois pólos axiológicos contrapostos, em tensão que dá identidade ao direito penal e a todas as formas punitivas. Em um lado está a repressão à impunidade e às condutas reprováveis. Por outro, encontra-se a garantia à liberdade, à propriedade e à segurança. A disciplina normativa desenvolve-se como uma forma de produzir o equilíbrio entre ambos os núcleos valorativos. No entanto, é inquestionável que o Estado Democrático de Direito prefere a tutela à liberdade à propriedade e à segurança. Esses valores não comportam sacrifício. Como se dizia desde dois séculos atrás, é preferível mil culpados livres do que um único inocente preso. Toda essa sistemática é rompida com o argumento da necessidade de evitar a impunidade. Tem de evitar-se a impunidade, mas nunca à custa do sacrifício aos valores essenciais à Democracia.”²⁸

Os ensinamentos transcritos foram feitos acerca da imposição de penalidades em matéria licitatória, mas são pertinentes igualmente à lei de improbidade administrativa.

Marcelo Figueiredo manifesta entendimento equivalente especificamente sobre o tema da lei de improbidade:

“É dizer: tanto a indeterminação de conteúdo de uma conduta delituosa, a definição legal demasiadamente ‘aberta’, como a simples remessa da definição legal a regras morais, todos são fenômenos violadores do princípio da segurança jurídica e friccionam o princípio da reserva legal.

(...)

Devemos ter sempre presente que o Estado de Direito dá fundamento político, jurídico e institucional ao princípio da reserva de lei. Do mesmo modo, a função histórica do princípio da reserva de lei consiste exatamente na proteção das liberdades fundamentais. Muito pouco representaria o ‘primado da lei’ no Estado de Direito Democrático se seu conteúdo pudesse ser colmatado de qualquer modo, contendo disposições tão vagas e imprecisas que desfigurassem sua própria finalidade – garantia *precisa* aos particulares das condutas permitidas, proibidas ou facultadas.”²⁹

Os ensinamentos transcritos acerca do princípio da legalidade fazem com que a única linha interpretativa possível para o art. 11 da lei de improbidade administrativa é a que considera que ele estabelece em seus incisos, *numerus clausus*, as hipóteses de afronta aos princípios da administração pública.

Há, contudo, um outro problema. A descrição da conduta não esgota o princípio da legalidade. É necessário também que se descreva com exatidão a pena a ser pespegada. **Rafael Munhoz de Mello** adverte a esse respeito que:

“Tanto a infração como a sanção administrativa devem ter previsão legal, segundo o princípio da legalidade. E mais: a lei deve estabelecer a relação entre as infrações e as sanções administrativas de modo que o infrator saiba exatamente a medida a que está sujeito pela prática do comportamento ilícito.”³⁰

Essa é a conclusão a que se chega também pelo conteúdo dos incisos XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

Essa conclusão, contudo, traz outro problema para a interpretação da lei de improbidade. É que os incisos do art. 12 cominam penas variadas: a) perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento do dano quando houver; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) proibição de contratar com o poder público, g) proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios. De acordo com o disposto no parágrafo único do mesmo artigo, a escolha das penalidades aplicáveis será feita de acordo com a prudência do juízo. Isso significa dizer que o juiz ao decidir ponderar a penalidade poderá escolher entre sete penas e poderá escolher cumulá-las ou não. A cumulação, por sua vez, pode variar. Podem ser sobrepostas duas, três, quatro, cinco, seis ou sete penas cumulativamente. A escolha, por sua vez, por

exemplo, pode se dar pela penalidade “a” e pela penalidade “b”, ou pela penalidade “b” e pela penalidade “c”. Há ainda penalidades que não são certas. Por exemplo, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos ou multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido. Consideradas todas essas possibilidades, verifica-se que em cada um dos incisos do art. 12 da lei de improbidade o juiz terá mais de cinquenta opções de escolha para as penas a serem definidas.

Isso faz com que as sanções ali previstas sejam inconstitucionais, por não serem claras. Não se pode saber de antemão qual a pena a ser imposta ao cidadão e, com isso, dá-se uma liberdade extremada ao aplicador da lei, em afronta aos incisos XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

Diante dessa constatação, o presente trabalho poderia encerrar-se por aqui. É que a inconstitucionalidade das penas fixadas na lei retira por completo o interesse acerca da lei. O fato é que estamos sozinhos na defesa dessa tese³¹. Diante disso, não podemos nos furtar a analisar os outros problemas que a lei de improbidade administrativa apresenta.

No tópico seguinte far-se-á sugestão de como reduzir a margem excessiva de liberdade que foi conferida aos juízes pela lei de improbidade. É necessário ressaltar, mais uma vez, que a opção técnica correta seria declarar a inconstitucionalidade integral do artigo 12 da lei de improbidade. A sugestão apontada a seguir é apenas paliativa.

4. O princípio da individualização das penas

Pelo princípio da individualização das penas, a pena não pode passar da pessoa do infrator. Trata-se de garantia prevista nos incisos XLV e XLVI do art. 5º da Constituição Federal, que dispõem:

“XLV – Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
 - b) perda de bens;
 - c) multa;
 - d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos;
- (...).”

Já se demonstrou no tópico 1 que os ilícitos administrativos e criminais, bem como as respectivas sanções, são ontologicamente idênticos³². Os termos pena e condenado são utilizados pelo direito punitivo em geral. É possível e corrente dizer que um servidor foi condenado e recebeu uma pena administrativa, ou que um contribuinte foi condenado em um processo administrativo fiscal e recebeu a pena de multa. A pena de perdimento de bens, por sua vez, pode também aposta

Não é possível punir com supedâneo no binômio concordo ou não concordo, mas somente a partir da escolha pré-determinada pela lei entre quais ações são lícitas ou ilícitas

administrativamente, como ocorre nos casos de bens provenientes de contrabando, descaminho, bens apreendidos pela vigilância sanitária em desconformidade com as regras de consumo etc. Verifica-se, pois, tratar-se de princípio geral de direito punitivo. Esse também é o entendimento de **Régis Fernandes de Oliveira**:

“É princípio do direito brasileiro a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da C F). Não se pode afirmar que tal dispositivo apenas se aplica ao criminoso. Isso porque a Constituição não necessita descer a detalhes, nem disciplinar casos concretos. Dá limites ao legislador, impondo-lhe restrições. A interpretação restrita de tal dispositivo poderia levar à conclusão de que apenas está outorgando garantia ao réu de processo-crime, mas não pode ser esta a interpretação jurídica. É que a individualização da *pena* alcança toda e qualquer infração. É decorrência da interpretação lógica do todo sistemático do direito.”³³

A constatação de que o princípio aplica-se ao direito punitivo em geral é relevante, pois o art. 12 prevê a penalidade de “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”. Ao assim prever, a lei ofende o referido princípio, pois em virtude da conduta de um sócio pune uma sociedade que, conforme as regras de direito privado, não se confunde com a pessoa do sócio, e ao fazer isso pune também os demais sócios que não participaram do ato ilícito.

Ocorre que, conforme menciona **Fábio Medina Osório**,

“a pena administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente punido, não podendo ultrapassar de sua pessoa.

Pessoalidade da sanção administrativa veda, por certo, a chamada responsabilidade solidária, ainda que estabelecida por lei, porque a lei não pode violentar um princípio constitucional regente do Direito Administrativo Sancionador.”³⁴

O ensinamento transcrito acerca de sanções administrativas é plenamente coerente com a lei de improbidade sendo por essa razão o inciso em comento inconstitucional.

5. O princípio da insignificância

O direito repudia a punição dos delitos de bagatela. Trata-se de noção que surgiu no direito penal, mas que se propagou para os demais ramos do direito punitivo.

O Supremo Tribunal Federal tem ampla jurisprudência acerca do tema em matéria criminal. Incide o referido princípio quando “a reprimenda se revele desproporcional ou irrazoável considerada a ação típica ou o resultado dela”³⁵. Para o Supremo Tribunal Federal “a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano impregnado de significativa lesividade”³⁶. Para que se desconfigure a conduta punível é necessário que ocorra: “a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) a nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”³⁷.

É com base nessa noção que têm sido absolvidos os réus processados criminalmente por estelionato³⁸, pequenos furtos³⁹ e descaminho quando o valor do tributo seja inferior ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no art. 20 da Lei 10.522/02⁴⁰. É necessário ressaltar que o valor envolvido, embora dê indícios da aplicabilidade do princípio da insignificância, não é elemento suficiente para caracterizar a sua afiguração. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a tipicidade de crimes contra o patrimônio com valores ínfimos, mas cuja lesividade à sociedade estava evidenciada por fatores como a violência física ou invasão de domicílio⁴¹. Decidiu, portanto, que nos crimes contra o patrimônio não se pode apenas levar em conta o valor subtraído para fins de submissão do princípio da insignificância⁴². Nos casos em que a conduta reflita uma vida delituosa, o princípio não será empregado⁴³. A *contrario sensu*, sempre que o ilícito for isolado pode em abstrato configurar-se a sua incidência. A aplicação efetiva, contudo, depende de uma análise casuística⁴⁴.

As lições extraídas do direito penal podem, *mutatis mutandis*, ser estendidas também às demais penalidades. **Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari** afirmam que o princípio é consentâneo com as penalidades administrativas e ensinam que “com esse rótulo se tem dito que é admissível infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, configuram ações de bagatela, despidas de relevância, traduzidas em valores lesivos ínfimos”⁴⁵.

No mesmo sentido é o entendimento de Heraldo Garcia Vitta sobre o tema:

“Apesar da obrigatoriedade de ser imposta a penalidade pela Administração, conforme veremos, condutas que resultem danos ínfimos, irrisórios, podem ser desconsideradas como ilícitas. Trata-se de análise teleológico-funcional da pena: se o Estado-Administração infligisse pena aos infratores dos denominados ilícitos de bagatela, traria somente desprestígio à potestade punitiva, em vez de fazer com que os súditos se ajustassem aos padrões do ordenamento, finalidade de toda sanção administrativa.”⁴⁶

A lei de improbidade administrativa também deve sofrer a incidência do princípio. Isso significa dizer que a conduta do agente público deve ser lesiva. Nos casos em que se conjugarem os fatores a seguir, a ilicitude da conduta fica excluída: “a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) a nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Os incisos II, III, VI, VII, XI, XIV e XV do art. 10 da Lei 8.429/92 são exemplos claros de dispositivos nos quais poderá ocorrer a invocação do princípio da insignificância. Todos esses incisos mencionam o desrespeito às formalidades legais. Obviamente, não é qualquer tipo de inobservância que dará ensejo à responsabilização do agente por improbidade. Imagine-se a hipótese de ausência de data em determinado documento. Trata-se de formalidade legal cuja inobservância não implicará a incidência da lei de improbidade. Os exemplos são múltiplos e, jamais poderíamos cobrir todas as hipóteses no presente trabalho. É necessário ressaltar, contudo, que, como alerta Heraldo Garcia Vitta, “se não houver prejuízo a alguém, não afetar interesses ou direitos de terceiros, a ausência dessa formalidade não será considerada ilícito”⁴⁷.

Mas não é somente em relação à inobservância da forma que se aplica o princípio. Pode-se convocá-lo quando o valor do dano causado for inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). O fundamento para esse raciocínio é equivalente ao da jurisprudência dominante relativamente aos casos de descaminho. A diferença é que o critério adotado está previsto no art. 1º da Lei 9.469/97 e não no art. 20 da Lei 10.522/02. O referido dispositivo autoriza os dirigentes de empresas públicas federais a “não cobrarem” judicialmente créditos equivalentes até R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Assim o faz porque considera que o sobredito teto não justifica o esforço a ser despendido para a cobrança. Se tal valor não se presta nem mesmo à cobrança judicial pelo Estado, esse mesmo Estado não pode exercer a pretensão punitiva pelo seu não pagamento.

Raciocínio desse tipo certamente poderá causar estranheza por três razões fundamentais. A primeira é o valor utilizado como teto, a segunda o fato de a vítima ser o próprio Estado e a terceira o fato de não se tratar de uma penalidade criminal. Na verdade a estranheza desaparece se considerarmos que o orçamento de um ente público comumente alcança a “casa dos milhões”. Isso significa dizer que, proporcionalmente, o dano ocasionado ao Estado é bastante menor do que aquele ocasionado a um trabalhador assalariado, que se vê logrado em uma centena de reais por um estelionatário.

O fato de a vítima ser o próprio Estado, por sua vez, em nada influencia o raciocínio. Pretender dar ao Estado um tratamento mais benéfico do que ao cidadão é inverter a ordem das coisas. O direito tende a dar proteção ao mais fraco. Nesse sentido, um cidadão deve gozar de um maior arcabouço protetivo do que o Estado. Se o Estado considera que certa agressão a um cidadão não é suficiente para fazer incidir normas jurídicas punitivas, tampouco poderá fazê-lo quando o próprio Estado for a vítima.

Finalmente, ao terceiro argumento, pode-se opor a inexistência de diferença ontológica entre o ilícito criminal e o previsto na lei de improbidade. As sanções tampouco apresentam diferenças ônticas e, na verdade, a lei de improbidade estabelece diversas sanções que acarretam efeitos mais graves do que algumas penalidades criminais. Cite-se como exemplo a perda de cargo público e a suspensão de direitos políticos.

Demonstra-se, assim, que o princípio da insignificância tem plena aplicabilidade à lei de improbidade.

6. O princípio *non bis in idem*

Ninguém pode ser responsabilizado duas vezes pela mesma conduta. Trata-se de um princípio geral de direito que tem plena aplicabilidade em matéria de improbidade administrativa. Não raro um mesmo ato pode causar danos à administração, acarretar enriquecimento ilícito e ofender os princípios da administração pública e com isso implicar ofensa aos artigos 9º, 10 e 11 da lei de improbidade.

O problema é resolvido pela aplicação de alguns critérios quando se tratar de concurso aparente de normas. Pode-se elencar três critérios. O primeiro é o princípio da especialidade, pelo qual a norma especial prevalece sobre a norma geral. Há também o princípio da absorção ou alternatividade, segundo o qual quando um mesmo fato afrontar diversas normas jurídicas elege-se a penalidade prevista para a infração mais grave e com isso as demais são absorvidas. Finalmente o princípio da consunção, por intermédio do qual se pune o ilícito finalisticamente pretendido pelo agente. Há ilícitos que são fases normais de transição para a prática de outros. Nesses casos os ilícitos-meio não são punidos.

Questão diferente ocorre nos casos de concurso material e formal de ilícitos. O concurso material ocorre quando o agente pratica diversos atos ilícitos de modo independente. Nesses casos podem ser infligidas as penas previstas para os diversos ilícitos cumulativamente. Não se trata de *bis in idem*.

No concurso formal há um único ato que produz dois ou mais resultados ilícitos. O Código Penal prevê em seu artigo 70 que nessas hipóteses a pena poderá ser aumentada de um sexto até a metade. A lei de improbidade administrativa não admite o aumento de pena em virtude do concurso formal. Para isso deveria haver previsão expressa. Aplica-se exclusivamente a penalidade prevista para o ilícito mais grave nos casos de concurso formal.

7. O princípio da alternatividade

Heraldo Garcia Vitta afirma que “ocorre o princípio da alternatividade quando uma norma jurídica prevê diversas condutas, alternativamente, como modalidades de uma mesma infração administrativa”⁴⁸. O princípio, segundo o autor, traz a consequência de que “mesmo que o infrator cometa mais de uma dessas condutas alternativas, isto é, se, acaso, violar mais de um dever jurídico será apenado somente uma vez”⁴⁹.

O princípio tem pertinência por ocasião da interpretação da lei de improbidade, pois não raro se acusa o réu de ter praticado mais de uma das condutas descritas em um mesmo artigo. Nesse caso aplicar-se-á somente uma penalidade. Jamais será possível ministrar duplamente a punição.

8. Erro de tipo

O erro de tipo ocorre quando o sujeito supõe a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a existência de requisitos que autorizam a sua conduta. A existência do erro faz com que o dolo inexistia. Não há vontade de praticar a conduta típica. O erro pode ser essencial, quando impede a compreensão da natureza criminosa do ato, ou acidental (acessório), quando recai sobre circunstâncias acidentais do delito ou sobre a forma de execução.

O erro de tipo essencial pode ser escusável ou inescusável. Será escusável “quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a

Não raro um mesmo ato pode causar danos à administração, acarretar enriquecimento ilícito e ofender os princípios da administração pública e com isso implicar ofensa aos artigos 9º, 10 e 11 da lei de improbidade.

diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito incidiria em erro”⁵⁰. Será inescusável “quando pode ser evitado pela diligência ordinária, resultando de imprudência ou negligência. Qualquer pessoa, empregando a prudência normal exigida pela ordem jurídica, não cometeria o erro em que incidiu o sujeito”⁵¹.

A diferenciação entre erro escusável ou inescusável traz consequências de relevo, bem apontadas por **Damásio E. de Jesus**:

“O erro essencial invencível exclui o dolo e a culpa. Na verdade, não há propriamente “exclusão” de dolo e culpa. Quando incidente o erro de tipo essencial invencível, o sujeito não age dolosa ou culposamente. Daí não responder por crime doloso ou culposamente.

O erro essencial vencível exclui o dolo, mas não a culpa, desde que previsto em lei o crime culposamente.”⁵²

Essa é a solução apontada pelo parágrafo 1º do art. 20 do Código Penal, que dispõe ser isento de pena aquele que “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposamente”.

O erro de tipo também pode ocorrer nos ilícitos descritos na lei de improbidade. A hipótese mais comum consiste na dispensa indevida de licitação, prevista no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92, mas fundada em parecer técnico determinando se tratar de caso de dispensa de licitação. Há nesse caso erro de tipo essencial escusável, pois se exige que um agente público solicite um parecer jurídico antes de efetuar uma dispensa de licitação. O questionamento acerca da eventual ilegalidade do próprio parecer foge ao limite da diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico. O eventual vício técnico no parecer somente pode ser imputado ao seu subscritor. Tratar-se-ia de erro escusável provocado por terceiro. Nessa hipótese o § 2º do art. 20 do Código Penal determina que “responde pelo crime o terceiro que determina o erro”. Solução análoga pode ser adotada para a lei de improbidade, responsabilizando-se o subscritor do parecer, caso este careça de fundamento⁵³.

9. O arrependimento posterior

O direito criminal prevê a figura do arrependimento posterior. Está previsto no art. 16 do Código, que dispõe:

“Art. 16 – Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

Verifica-se que a reparação integral do dano é caso de diminuição de pena no direito penal. Obviamente que a apreensão do bem pela autoridade policial não satisfaz a condição legal. Exige-se um ato voluntário de devolução.

A lei de improbidade nada prevê a esse respeito, mas é certo que um raciocínio equivalente pode ser formulado. A reparação do dano deverá ser levada em conta pelo juiz diminuindo-se a penalidade a ser aplicada, com base no parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92. Aqueles que admitem a modalidade culposa de improbidade certamente serão forçados a reconhecer que a reparação de um dano causado culposamente poderá ser suficiente para até mesmo elidir o ilícito por completo.

10. A fixação da pena

Pena é a sanção imposta ao autor de uma infração penal como retribuição à prática de um ato ilícito. Ela consiste na diminuição de um bem jurídico e tem por finalidade punir e evitar que novos delitos sejam cometidos. Norteia a aplicação da pena o princípio geral de que ela deve ser proporcional ao crime.

Há certos aspectos que envolvem o crime que podem servir para aumentar ou diminuir a pena. Servem para melhor individualizar a sanção penal. O primeiro aspecto está previsto no art. 59 do Código Penal, que dispõe que o juiz ao fixar a pena deverá ater-se “à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime”.

Sobre a culpabilidade, entende-se que quanto mais reprovável for a conduta, maior deverá ser a pena. Os antecedentes dizem respeito à vida pregressa do indivíduo. A conduta social é entendida como o comportamento do indivíduo no seu ambiente familiar, de trabalho e no convívio em sociedade. A personalidade refere-se ao aspecto psíquico do delinquente. Os motivos dizem respeito à razão da infração (cobiça, vingança, amor etc.). As consequências do crime dizem respeito à intensidade da lesão jurídica causada.

Há também circunstâncias que agravam e atenuam a dosagem da pena. As agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, que dispõem respectivamente:

“Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência;

II – ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 – A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – coage ou induz outrem à execução material do crime;

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

As circunstâncias atenuantes estão previstas no art. 65 do Código Penal:

“Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
II – o desconhecimento da lei;
III – ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”

Além dessas circunstâncias, pode haver causas de aumento ou diminuição de penas previstas em artigos específicos do Código. Damásio E. de Jesus esclarece como deve proceder o juiz ao fixar a pena:

“Para a fixação da pena o juiz deve considerar inicialmente as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, para depois levar em consideração as circunstâncias legais genéricas agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65, 66). E finalmente aplicar as causas de aumento ou diminuição de penas previstas na Parte Geral ou Especial do CP.”⁵⁴

A lei de improbidade não prevê as hipóteses que agravam ou atenuam as penas por ela previstas. O único dispositivo a esse respeito é o parágrafo único do art. 12, que prevê que ao fixar a pena o juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

É princípio geral de aplicação das penas, no entanto, que as penas devem ser proporcionais ao ilícito praticado. A extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente apenas captam uma pequena parcela da conduta ilícita.

Há diversos outros aspectos que devem ser considerados por ocasião da fixação da pena. Não se trata de utilizar pura e simplesmente o Código Penal por analogia. Isso não poderia ocorrer porque muitas das hipóteses de agravamento e atenuação nem mesmo são adequadas às características dos ilícitos de improbidade.

Há, contudo, critérios que podem ser seguidos como forma de diminuir a liberdade do juiz ao determinar a pena por ato de improbidade. Imaginemos dois agentes que dispensam indevidamente uma licitação e acabam realizando um contrato público por um preço maior do que o de mercado. O primeiro o faz porque julga que o trâmite licitatório acabará atrasando a execução de uma obra pública. O segundo porque pretende beneficiar terceiro. Se considerarmos exclusivamente os critérios previstos na lei de improbidade, a conclusão a que se chega é que ambos deveriam sofrer a mesma penalidade. Em tese nenhum dos dois teria proveito patrimonial e o

dano ocasionado seria o mesmo. Essa solução obviamente foge à razoabilidade.

Utilizados critérios equivalentes aos criminais, chegar-se-ia à conclusão de que o primeiro agente teria agido por motivo de relevante valor social ou moral. Tratar-se-ia de circunstância atenuante que serviria para minorar a penalidade cabível. Utilizados os requisitos de culpabilidade (maior reprovação na conduta) e motivo (enriquecer terceiros) poder-se-ia também justificar uma agravamento da penalidade aplicável ao segundo agente.

A utilização desses critérios não é isenta a críticas, pois, conforme já se expôs no tópico anterior, as sanções previstas no art. 12 ofendem a Constituição Federal. É forçoso reconhecer, todavia, que é mais benéfico possuir algum critério do que não ter critério nenhum, caso o referido artigo venha a ser considerado constitucional. É necessário perceber também que o artigo 12 prevê limites máximos e mínimos que a utilização subsidiária do Código Penal não representaria um agravamento das penas que já estão previstas no ordenamento jurídico. Na verdade, serviria apenas para dar o adequado balizamento à aplicação das sanções previstas na lei de improbidade.

11. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que a inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos criminais e por improbidade faz com que diversos conceitos estudados

pelo direito penal possam ser aplicados por ocasião da interpretação da lei de improbidade.

Isso ocorre porque diversos desses conceitos, embora sejam estudados pelo direito criminal, na realidade pertencem à teoria geral do direito. ■

NOTAS

1 BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Editores, 2001, p. 292-293.

2 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139.

3 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: Comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 151.

4 *Ibid.*, p. 294-295.

5 FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61.

6 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2 ed. ver, atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

7 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

8 HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo*, seleção histórica, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 17.

9 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. ver, atual. amp. –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

10 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67.

11 HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo*, seleção histórica, 1945-1995, p. 17.

**A reparação do dano
deverá ser levada em
conta pelo juiz
diminuindo-se a
penalidade a ser
aplicada, com base no
parágrafo único
do art. 12 da
Lei 8.429/92**

- 12 CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: De Palma, 1995, p. 84.
- 13 MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 101-102.
- 14 *Ibid.*, p. 105.
- 15 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59-60.
- 16 *Ibid.*, p. 59-60.
- 17 *Ibid.*, p. 63-64.
- 18 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64.
- 19 Incisos XLV e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.
- 20 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.
- 21 *Ibid.*, p. 303.
- 22 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180.
- 23 *Ibidem*, p. 185-186.
- 24 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 206.
- 25 FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153.
- 26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed., São Paulo: dialética, 2005, p. 619.
- 27 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 114-115.
- 28 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed., São Paulo: Dialética, 1998, p. 355-356.
- 29 FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 32.
- 30 MELLO, Rafael Munoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122.
- 31 Embora estejamos convictos de correção de nossa tese, somos forçados a reconhecer que ela dificilmente terá guarida. Reconhecê-la implicaria a improcedência de todas as ações de improbidade até hoje propostas e é muito possível que predomine um entendimento “mais ideológico do que jurídico” de que os responsáveis pela prática de atos de improbidade devem ser punidos ainda que mediante “a flexibilização” princípios constitucionais. Isso é possível de ocorrer porque o órgão estatal responsável pela análise da validade das sanções previstas na lei é o Poder Judiciário, e os agentes públicos integrantes desse poder, vêm buscando, cada vez mais, exercer um papel político que não lhes pertine. Procuram interferir na condução dos rumos da sociedade, exacerbando o papel constitucional que lhes foi conferido. Reconhecer a impossibilidade de aplicação das sanções da lei de improbidade implica reduzir a atuação “política” desse poder.
- 32 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 148.
- 33 OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.
- 34 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 340.
- 35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 96003/MS. Superior Tribunal de Justiça e Juliano Epifani Costa. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Primeira Turma, Brasília, DF. Data publicação: 01/07/2009.
- 36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 97048/RS. Superior Tribunal de Justiça e Ezequiel Marques de Souza. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data publicação: 26/06/2009.
- 37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 98152/MG. Relator do recurso em Habeas Corpus nº 23601 do Superior Tribunal de Justiça e Diogo da Silva. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Data publicação: 05/06/2009; no mesmo sentido, Habeas Corpus: HC 96688/RS. Superior Tribunal de Justiça e Vanderlei Dias de Almeida. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Segunda Turma. Data publicação: 05/06/2009.
- 38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. *Habeas Corpus*: HC 92946/RS. Relator do recurso especial nº 696440 do superior tribunal de justiça e Joel dos Passos Azevedo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data publicação: 15/05/2009.
- 39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 92988/RS. Superior Tribunal de Justiça e Ezequiel Castro da Rosa. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Segunda Turma. Data de publicação: 26/06/2009; no mesmo sentido Habeas Corpus: HC 93393/RS. Superior Tribunal de Justiça e Róque Cesar Rodrigues. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data de publicação: 15/05/2009.
- 40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 92119/GO. Superior Tribunal de Justiça e José Farias. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data de Publicação: 26/06/2009.
- 41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus*: RHC 96813/RJ. Ministério Público Federal e Luiz Felipe Albuquerque. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Orgão julgador: Segunda Turma. Brasília. Data de publicação: 24 de abril de 2009; No mesmo sentido *Habeas Corpus*: HC 96671/ MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. Orgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, DF. Data de Publicação: 24 de abril de 2009; e *Habeas Corpus*: HC 97036 / RS. Relator do resp nº 1.011.360 do superior tribunal de justiça e Paulo Vilmar dos Santos ou Paulo Vilmar Do Amaral. Relator: Min. Cezar Peluso. Órgão julgador: Segunda Turma. Data de publicação: 22/05/2009.
- 42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 92531/RS. Superior Tribunal de Justiça e Cassiano da Costa Vieira. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de Publicação: 27/08/2008.
- 43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 92411/RS. Superior Tribunal de Justiça e Josué Martins da Silva. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão julgador: Primeira Turma. Data de publicação: 09/05/2008.
- 44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 91756/PA. Superior Tribunal Militar e Woalamis Conceição Sales. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de Publicação: 15/08/2008.
- 45 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59.
- 46 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.
- 47 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 59.
- 48 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 135.
- 49 *Ibid.*, p. 135-136.
- 50 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995, 1º vol., p. 268.
- 51 *Ibid.*, p. 268.
- 52 *Idem*.
- 53 É necessário ressaltar que os pareceres exigem um conhecimento técnico e que em áreas como o direito nem sempre as teses são unânimes. Não é possível punir o subscritor do parecer caso este ofereça uma solução tecnicamente adequada perante o direito. O profissional não pode ser punido por preferir uma corrente jurídica menos difundida.
- 54 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, 1º vol., p. 510.

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL COMO GARANTIA DO FIM SOCIAL DO PROCESSO

Gelson Amaro de Souza

Doutor em Direito pela PUC/SP

Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Faculdade Estadual do Norte Pioneiro (Fundinopi – Campus de Jacarezinho) advgelson@yahoo.com.br

Bruna Izídio de Castro Santos

Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

1. Introdução

A possibilidade de requerer a reapreciação da matéria suscitada é um direito da parte sucumbente. O Código de Processo Civil traz no título X a previsão dos recursos aceitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para cada espécie de recurso existe um momento processual no qual sua interposição é cabível. A não observância das regras processuais e a conseqüente interposição equivocada de um recurso pode frustrar as pretensões do recorrente perante o judiciário.

Considera-se fungível tudo aquilo que é passível de ser substituído. O princípio da fungibilidade não é apenas a substituição de um recurso por outro, mas a troca de uma medida processual por outra que, apesar de aplicada equivocadamente, serve para alcançar o fim do processo sem prejuízo das partes.

O princípio da fungibilidade é uma maneira de diminuir o rigor das formas processuais. A fungibilidade recursal, especificamente, é extremamente importante para impedir que um “erro tolerável” prejudique o acesso à justiça, que é uma garantia constitucional.

2. Breve histórico

A origem do princípio da fungibilidade é atribuída ao direito alemão em decorrência da existência das teorias subjetiva e objetiva.

Segundo a teoria subjetiva, caso a decisão correta teria sido proferida e o recurso interposto pelo recorrente fosse voltado a esta decisão que não foi proferida, este perderia o direito ao recurso. Já para a teoria objetiva, o recurso interposto deve ser cabível para a decisão prolatada independentemente de esta estar ou não correta.

Surgiu o princípio do recurso indiferente, posteriormente denominado de teoria do maior favorecimento. Ele estabelecia que o recurso deveria ser admitido tanto quando interposto contra decisão errada do juiz como quando atacasse a decisão que deveria ter sido prolatada. Isso fez com que as teorias subjetiva e objetiva fossem superadas.

O princípio da fungibilidade recursal adentrou o ordenamento jurídico pátrio por meio da previsão expressa contida no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, que assim dispunha: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.”

Com a criação de um novo Código de Processo Civil entendeu-se desnecessário manter tal previsão. Entretanto, o código vigente, embora menos confuso que o anterior, também possui dúvidas capazes de fazer com que os operadores do direito cometam equívocos no momento da interposição dos recursos.

A fungibilidade recursal é um princípio jurídico implícito previsto no artigo 244 do código vigente, que dispõe: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Os doutrinadores consideram a fungibilidade recursal como uma derivação do princípio da instrumentalidade das formas.

No mesmo sentido ensina **Guilherme Freire de Barros Teixeira** (2009, p.157):

“Não obstante o Código de Processo Civil de 1973 não tenha reproduzido o dispositivo da lei revogada, o princípio da fungibilidade tem aplicação ainda hoje, tratando-se de um princípio implícito, decorrente da instrumentalidade das formas.”

O entendimento é de que o recurso interposto, ainda que de maneira equivocada, alcança a finalidade que dele se espera, qual seja: a reapreciação da matéria debatida.

Entretanto, para que este recurso seja recebido é necessário o preenchimento de alguns requisitos.

3. Os requisitos necessários para a sua aplicação

Por meio do princípio da fungibilidade recursal é possível que um recurso, ainda que incabível para determinado momento processual, seja recebido.

Nas palavras de **Gustavo de Medeiros Melo** (2009, p.1462):

“O que importa é atingir na medida do possível a finalidade preventiva contra o perigo da demora. Tãmanha deve ser a preocupação com a questão de fundo relativa à preservação da tutela jurisdicional adequada que a tendência vem sendo a aplicação da fungibilidade (hermenêutica) sobre a dúvida objetiva quanto à espécie de provimento a ser manejado.”

No entanto, para que isso aconteça é preciso a existência dos pressupostos, quais sejam: a dúvida objetiva, a inocorrência de erro grosseiro e a tempestividade do recurso.

3.1. Da dúvida objetiva

Considerada como o mais importante dos requisitos, a dúvida objetiva existe quando há divergência entre a doutrina e/ou jurisprudência a respeito do recurso cabível para determinada decisão. É preciso que haja discussão entre os doutrinadores e/ou julgados contrários nos tribunais.

A fungibilidade recursal deve ser aplicada nos casos em que não seria razoável exigir do operador do direito uma conduta diversa daquela por ele praticada. A fungibilidade existe para impedir que o apego excessivo à forma comprometa o bom andamento do processo de modo a prejudicar a parte que deseja recorrer.

A dúvida objetiva se refere ao recurso cabível contra determinada decisão judicial. A fungibilidade recursal impede que a forma seja uma regra absoluta, pois a finalidade a ser atingida pelo recurso interposto deve prevalecer.

Segundo o que explica Guilherme Freire de Barros Teixeira (2009, p.155):

“Modernamente, o processo não deve ser concebido como um fim em si mesmo, devendo servir com um instrumento para a atuação do direito material. É verdade que a instrumentalidade do processo não pode servir como ‘desculpa’ para justificar a inobservância de regras legais. Todavia, o processo não pode ficar ‘preso’ a regras de cunho eminentemente formal ou ao exagero e desarrazoado tecnicismo. Deve-se rechaçar a idolatrias às formas.

Além do escopo jurídico, consistente na atuação da vontade concreta da lei, o processo também deve atender o escopo social da jurisdição, buscando a pacificação com justiça. Os exageros formais são incompatíveis com essa elevada missão social do processo. Se devem existir requisitos formais, o sistema deve permitir certa flexibilização, rejeitando que as formas sejam consideradas em si mesmas, sob pena de afronta ao devido processo legal e ao correto exercício da atividade jurisdicional.”

O recurso interposto será recebido, processado e conhecido pelo juiz ou tribunal competente como se a interposição feita fosse aquela que do recorrente se esperava. A forma é deixada de lado para que a finalidade seja alcançada.

Porém, este princípio deve ser utilizado apenas em casos em que o recorrente teria sua pretensão jurisdicional frustrada por conta do apego excessivo às formas e do conseqüente descaso do judiciário para com os fins sociais do processo, mas nunca deve servir para legitimar o erro grosseiro.

A fungibilidade recursal deve ser aplicada nos casos em que não seria razoável exigir do operador do direito uma conduta diversa daquela por ele praticada. A fungibilidade existe para impedir que o apego excessivo à forma comprometa o bom andamento do processo de modo a prejudicar a parte que deseja recorrer

3.2. Da inexistência do erro grosseiro

O erro grosseiro é entendido como aquele que contraria uma previsão expressa da lei. Nas hipóteses em que a lei trata do recurso cabível de modo a não deixar margem para dúvidas, o operador do direito não pode interpor recurso contrário a tal previsão.

Segundo **Pontes de Miranda** (1960, p. 51):

“O erro é grosseiro quando a lei é explícita, ainda que recente (1a. Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de novembro de 1941, R. F., 91, 123) ou, o que vale mesmo, contra a jurisprudência assente; *aliter*, se o próprio tribunal, ou o Supremo Tribunal Federal, vacila, não obstante a letra da lei, ou em virtude de erro de conceituação.”

Não se pode tolerar que o profissional displicente seja acobertado pela fungibilidade recursal.

A existência do erro grosseiro impede por completo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, pois “se houve erro grosseiro, ou má fé, não há conhecer-se do recurso interposto, ainda que o outro se tivesse sido interposto, estivesse dentro do prazo” (MIRANDA, 1960, p. 60).

Apenas nos casos em que não houve a ocorrência de um erro crasso é viável analisar a questão da tempestividade do recurso.

3.3. Da tempestividade

Este último requisito é o que mais causa divergência entre os juristas, pois não há unanimidade a respeito de qual prazo recursal deva prevalecer.

Não há dúvida, como explica **José Carlos Barbosa Moreira** (2008, p.118), que “todo recurso deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei, cujo cômputo obedece às regras gerais sobre contagem de prazos processuais (art. 506, combinado com o art. 184 e seus parágrafos)”, até mesmo para se evitar a insegurança jurídica, mas a dúvida existente trata do prazo a ser seguido pelo operador do direito.

A maioria da doutrina entende que o prazo para a interposição do recurso deve ser o menor dentre os recursos considerados cabíveis. Segundo eles, a escolha pelo menor prazo exclui a incidência da má-fé.

Ao optar pelo menor prazo o recorrente deixa evidente que sua intenção, ao interpor recurso equivocado, não foi de estender seu prazo recursal.

Esta corrente doutrinária defende que se o recurso errado fosse interposto após o término do prazo para interposição do recurso correto, a preclusão tornaria impossível aplicar-se o princípio da fungibilidade recursal.

Entretanto, há quem defenda que, se a parte acredita estar interpondo o recurso correto, não é razoável exigir que ela pratique o ato processual em prazo diverso do previsto para o ato, no caso recurso, por ela praticado, interposto.

Esse posicionamento é defendido por **Thiago Moraes Bertoldi** (2010), que explica:

“Outra razão, é que uma das principais conseqüências da adoção do princípio é a troca em toda a sua plenitude, mormente no que concerne ao prazo, deste modo o prazo é irrelevante para incidir o princípio analisado. Ou seja, não se deve exigir do interessado a interposição do recurso que entende cabível no prazo menor, porque, se o princípio da fungibilidade recomenda seja conhecido um recurso por outro, deve admitir também a troca do prazo.”

Caso o pensamento adotado seja o de se aplicar o menor prazo, a conversão do recurso não beneficia a parte recorrente, que terá grandes chances de não ser contemplada pela fungibilidade recursal devido à preclusão.

4. A questão das custas

O preparo recursal é requisito para a interposição do recurso como previsto no *caput* do artigo 511 do Código de Processo Civil, que dispõe que “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

As custas recolhidas serão aquelas referentes ao recurso interposto, no caso da fungibilidade, o recurso equivocado.

Caso o valor do preparo do recurso cabível seja superior ao valor do preparo do recurso interposto é prudente que se abra prazo para a complementação do valor tratada pelo § 2º do artigo 511 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.”

Já nos casos em que o recurso interposto é que exija um preparo superior ao do recurso correto, cabe à parte recorrente pleitear a devolução da diferença, se assim desejar.

5. A importância da fungibilidade recursal

A aplicação da fungibilidade recursal colabora com a existência de um processo civil mais célere e efetivo. Ao dar prioridade à finalidade em detrimento à forma, contribui para um processo mais justo.

Nas palavras de Guilherme Freire de Barros Teixeira (2009, p.158):

“O princípio da fungibilidade pode ser definido como a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada como se tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos, sendo irrelevante eventual equívoco no manejo de medida inapropriada pela parte.”

Ao trazer tal definição especificamente para o campo recursal é possível afirmar que a fungibilidade recursal permite a substituição de um recurso por outro sem prejuízo da parte contrária.

Sobre o tema ensina Gustavo de Medeiros Melo (2009, p. 460-461):

“A controvérsia jurisprudencial nascida no capítulo dos recursos abriu espaço para instalação de uma política judiciária que procura evitar seja o consumidor da Justiça prejudicado em função de querelas técnicas pelas quais ele não é responsável. Convencionou-se então que, sendo uma questão processual, situada na admissibilidade ou cabimento do recurso e que pouco tem a ver com o objeto litigioso, a interpretação deve ser a mais favorável ao acesso da parte à Justiça.”

O princípio da fungibilidade recursal em nada atrapalha o curso do processo, pelo contrário, ele evita que seja cometida alguma injustiça ao recorrente que interfira diretamente no curso do litígio.

6. Conclusão

O processo civil moderno, como visto anteriormente, é um processo civil de resultados. A preocupação do direito processual civil é assegurar o acesso à justiça por meio de um processo justo, célere e eficaz.

O princípio da fungibilidade recursal é um mecanismo de flexibilização do direito que, ao impedir que a forma se confunda com o formalismo excessivo e que esse se sobressaia perante a finalidade do processo, acaba por adequar a norma à sociedade na qual será aplicada.

O processo não é mais um “fim em si mesmo”, mas um instrumento para a concretização do direito material e conseqüente satisfação da sociedade.

A fungibilidade recursal ajuda a impedir que o processo civil ande em descompasso com a realidade social. ■

Referências

BASES científicas para um renovado direito processual. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. 868 p. ISBN 85-7761-222-8.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, t. 11.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 356 p. ISBN 978-85-309-2772-1.

SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *Fungibilidade recursal no processo civil* um modelo jurídico implícito. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/fungibilidaderrecursal.htm>>. Acesso em: 01 out. 2010.

BERTOLDI, Thiago Moraes. *O princípio da fungibilidade recursal no processo civil*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_principio_TMB.php>. Acesso em: 01 out. 2010.

ALMEIDA, William. *O princípio da fungibilidade frente a teoria geral dos recursos, no processo civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1300/O-Principio-da-Fungibilidade-frente-a-Teoria-Geral-dos-Recursos-no-Processo-Civil>>. Acesso em: 01 out. 2010.

HERMANN, Gustavo de Camargo. *O princípio da fungibilidade no sistema recursal brasileiro*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=38540>. Acesso em: 28 out. 2010.

ESTURILIO, Regiane Binbara. *Breves considerações sobre o princípio da fungibilidade, suas variantes e novas aplicações*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5290/breves-consideracoes-sobre-o-principio-da-fungibilidade-suas-variantes-e-novas-aplicacoes>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EFETUADA PELOS SINDICATOS AOS SEUS ASSOCIADOS

Luiz Fernando Vescovi

Advogado trabalhista

Professor do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

(UNOESC - Campus Videira)

Mestrando em Direito pela Universidad San Carlos (USC - Asunción - Paraguai)

luizfernandovescovi@bol.com.br

Lucimara Moriggi

Acadêmica do Curso de Direito da UNOESC (Campus Videira)

Os direitos dos empregados sindicalizados encontram-se disciplinados no artigo 8º da Constituição Federal de 1988, que dispõe uma série de incisos assegurando a livre associação profissional ou mesmo as de caráter sindical, em consonância aos preceitos constitucionais. A principal lei trabalhista brasileira (Consolidação das Leis do Trabalho), por seu turno, prevê, em seus artigos 511 e seguintes, a estruturação da organização sindical brasileira.

Conceitualmente, tem-se por sindicato, segundo as palavras do professor **Sergio Pinto Martins**, “a associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos e individuais de seus membros ou da categoria”¹. Nesse sentido, pode-se extrair a ideia de que o direito sindical, portanto, é o segmento jurídico que regulamenta e normatiza tal fração do direito do trabalho, salvaguardando os direitos integrados na Carta Magna, bem como enaltecendo o “espírito” maior do Estado Democrático de Direito, pela via sindical, nela prevista.

De um ponto de vista mais “social” sobre a base conceitual do instituto em questão, o doutrinador **Mauricio Godinho Delgado** assim descreve:

“Sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.”²

A liberdade sindical, por sua vez, a qual se encontra contemplada no artigo constitucional supramencionado, significa, nos apontamentos da jurista **Alice Monteiro de Barros**, “o alicerce sobre o qual se constrói o edifício das relações coletivas de trabalho com características próprias; ela se sobrepõe ao indivíduo isolado e implica restrições à liberdade individual, quando submete esse homem isolado à deliberação do homem-massa que é a assembleia”³.

O texto constitucional se apresenta clarividente, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, da necessidade de auxílio de assistência judiciária prestada pelo próprio Estado àqueles que carecem de recursos financeiros para arcar com os gastos de da atividade jurisdicional:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Especificamente no que toca à assistência judiciária que os sindicatos efetuam junto aos seus associados, tal norma apresenta-se prevista na CLT, em seu artigo 514, alínea *b*, como sendo um dos vários deveres outorgados às entidades de representatividade de classe, segundo o rol do referido artigo:

“Art. 514. São deveres dos Sindicatos:

- a) colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social;
- b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;
- c) promover a conciliação nos dissídios de trabalho;
- d) sempre que possível, e de acordo com as suas possibilidades, manter no seu Quadro de Pessoal, em convênio com entidades assistenciais ou por conta própria, um assistente social com as atribuições específicas de promover a cooperação profissional na Classe.”

Citada disposição legal expressa respaldo, também, na Lei 5.584/70, em seu artigo 14, sobre a rubrica “Da Assistência Judiciária”, quando trata pontualmente acerca da justiça laboral:

“Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

A lei a que o texto normativo acima faz alusão diz respeito à gratuidade nos processos judiciais àqueles entendidos, legalmente, como necessitados. É o caso, portanto, das questões a serem resolvidas, na Justiça do Trabalho, por meio de sindicatos, como bem delineada pela lei.

Registre-se que aos sindicatos, então, confere-se o dever de assistir aos seus associados nas questões atinentes à Justiça e que dela façam utilização, ou seja, caso um ou mais membros de determinado órgão de representatividade de classe necessite da prestação jurisdicional para reclamar seus direitos laborais, o sindicato assegurará todo o aparato sistêmico-jurídico de assistência para que o associado não tenha seus direitos tolhidos, creditando o tecnicismo forense para que a via jurisdicional seja efetuada, e conferindo-lhe a

segurança e o amparo indispensáveis a toda marcha processual trabalhista.

Para efeitos de elucidação, os órgãos de representatividade de classe, nos quais plenamente se encaixam os sindicatos, expressam dever de manter a assistência judiciária, na forma da lei, àqueles que se apresentam na qualidade de associados, desde o início da fase processual até o término da prestação jurisdicional, convalidado com o intento da determinação legal do anteriormente referido art. 514, *b*, da CLT.

Dessa maneira, tem-se cristalino o fato de que a legislação laboral compreende o trabalhador como o polo hipossuficiente⁴ da relação trabalhista, carecendo de auxílio e “favorecimento” no que toca às despesas processuais, seja como simples reclamante seja como representado pelo seu sindicato; ambas as figuras detêm tal peculiaridade, qual seja: a isenção de custas dessa natureza.

Ainda, podem-se assentar fundamentos nos ensinamentos trazidos pelo catedrático **Amauri Mascaro Nascimento** sobre a gratuidade processual na alçada laboral, justificando-se em embasamento de texto positivo:

“O processo trabalhista importa em despesas que nem todos os trabalhadores estão em condições de efetuar, daí por que, por força de lei, determinados assalariados, de acordo com sua condição econômica, são isentos do pagamento das custas processuais quando ganham salários de até duas vezes o salário mínimo mensal, caso em que também têm direito à gratuidade das demais despesas do processo.”⁵

Entretanto, acerca das questões referentes às demandas originadas por trabalhadores que se encontram associados a alguma representação sindical (a de sua categoria, no caso), a regra se altera um pouco, com a obrigatoriedade de integralização de alguns pressupostos a seguir delineados: “O sindicato presta assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare não ter condições de prover a demanda (CLT, art. 514, *b*).”⁶

De toda sorte, se faz preciso preencher os pressupostos originários de interpretação extensiva do artigo referendado da lei laboral, os quais Amauri Mascaro Nascimento explicitou, em sua acepção doutrinária, sem as quais não haverá respaldo, pela modalidade sindical, ao empregado que não se figure na situação *in concreto*. São elas: a) encontrar-se desempregado; b) estar percebendo salário inferior a cinco salários-mínimos da época e; c) apresentar situação em que não contemple condições para arcar com as custas do processo. Assim sendo, e preenchendo os referidos pressupostos, o ajuizamento da reclamatória trabalhista, para fins de pleitear seus direitos trabalhistas e eventuais verbas rescisórias, estará salvaguardado por intermédio do sindicato ao qual o assalariado estiver associado.

A jurisprudência trabalhista nacional, por meio de seu órgão jurisdicional de cúpula (Tribunal Superior

do Trabalho), já se apresenta pacífica sobre a matéria em análise como se pode averiguar do julgado abaixo transcrito:

“Recurso de Revista. Sindicato. Gratuidade de Justiça. Custas. Isenção. Ausência de Comprovação de Insuficiência de Recursos.

1. O art. 514, alínea *b*, da CLT atribui ao sindicato o dever de ‘manter serviços de assistência judiciária para os associados’, encargo reafirmado pelo art. 14 da Lei nº 5.584/70 e referendado pela Constituição Federal, quando diz caber-lhe ‘a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas’ (art. 8º, III). Para fazer face a tais despesas, os sindicatos contam com a contribuição sindical obrigatória (CF, art. 8º, IV; CLT, arts. 578 a 670), com as mensalidades de seus associados e, eventualmente, com contribuições assistenciais. 2. A mesma CLT, no art. 790, § 1º, afirma que o sindicato, naqueles casos em que ‘houver intervindo’, responderá, solidariamente, pelas custas impostas ao empregado que não tenha obtido isenção. 3. Os arts. 790, § 3º, da CLT e 14 da Lei nº 5.584/70 direcionam a gratuidade de justiça às pessoas físicas. Não há dúvidas, no entanto, de que a jurisprudência, em casos especiais e desde que efetivamente demonstrada a fragilidade de suas finanças, tem-na estendido às pessoas jurídicas. 4. O ordenamento jurídico, ao tempo em que define as atribuições sindicais, oferece receitas para que tais entidades as atendam. 5. A concessão de assistência judiciária a sindicato encontra óbvias restrições no ordenamento jurídico: dependeria, na melhor das hipóteses, de demonstração de franca impossibilidade de arcar com a responsabilidade legal. 6. Ausente a comprovação de insuficiência de recursos, é desmerecida a gratuidade de justiça, remanescendo deserto o recurso ordinário. Recurso de revista conhecido e provido.”

Fica explicitado que tanto a diretriz constitucional quanto as principais disposições legais trabalhistas importam-se no sentido de ensejar maior possibilidade de os trabalhadores buscarem seus direitos junto à justiça laboral, principalmente por entenderem ser, o assalariado, o representante hipossuficiente da relação trabalhista. É a vertente de “horizontalização” (massificação) do livre acesso à Justiça para todas as pessoas, consoante prescreve o texto da Constituição Federal pátria, em seu artigo 5º, inciso XXXIV.

Os sindicatos expressam alta relevância e atuação para a defesa dos interesses de seus associados e, mais uma vez, com a averiguação do art. 514, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho, evidencia que, cada vez mais, a força outorgada a esses órgãos de representatividade de classe auxilia para que os assalariados tenham seus direitos reconhecidos, buscados e pleiteados, bem como lhes creditam a segurança jurídica e a plena assistência necessária para um ajuizamento de pedido, por via processual de qualidade, ao Poder Judiciário, com fins de se alcançar os intentos de uma classe que tanto foi reprimida socialmente, em épocas passadas.

Espera-se, ainda, que as atuações desses sindicatos sejam cada vez mais efetivas (e eficazes),

Fica explicitado que tanto a diretriz constitucional quanto as principais disposições legais trabalhistas importam-se no sentido de ensejar maior possibilidade de os trabalhadores buscarem seus direitos junto à justiça laboral

para que realmente tais direitos dos trabalhadores não sejam surrupiados por vias fraudulentas, por meio de seus empregadores ou de outros que assim possam fazer, pelo poder que detêm em suas mãos. Daí porque festejar mais este dever cedido aos órgãos em análise, com a pretensão maior de defender aqueles que o integram, perfazendo, deste modo, a máxima normativa trazida pela Carta Política, de que todos são iguais perante a lei (artigo 5º, *caput*) e de que não haverá exclusão da apreciação, por parte do Poder Judiciário, de ameaça ou lesão a direito (artigo 5º, inciso XXXV).

Conclui-se que a outorga da prestação de serviços de assistência judiciária, por parte dos sindicatos aos seus associados, é, dentre outras prerrogativas, uma das formas essenciais de se atingir

o tão almejado Estado Democrático de Direito, preconizado pelo texto constitucional de 1988. ■

NOTAS

1 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 708.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1325.

3 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1219.

4 Segundo definição do Dicionário Web: “*Diz-se da pessoa que é economicamente muito humilde; que não é autossuficiente*”. Disponível em: <<http://www.dicionarioweb.com.br/hipossuficiente.html>>. Acesso em: <02.abr.2010>.

5 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 210.

6 *Idem, ibidem*, p. 211.

A TUTELA JURÍDICA À SAÚDE DO TRABALHADOR FRENTE AOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Liliana Collina Maia

Advogada /MG

lilicollmaia83@yahoo.com.br

1. Introdução

Hoje discute-se acerca dos riscos dos organismos geneticamente modificados, mais conhecidos como OGMs. É importante destacar que tal polêmica envolve não só as áreas da biologia, economia e sociologia, mas também questões jurídicas.

O primeiro ponto foca-se na efetividade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito, que tem como projeto estruturante a questão da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, tendo em vista a tutela do trabalhador quanto aos riscos à saúde causados pelos contatos diretos com esses organismos. Visa, ainda, a real importância da Constituição no estado democrático como bússola norteadora na proteção de direitos contidos em normas infraconstitucionais, tais como normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e instruções normativas sobre medicina e segurança do trabalho, objetivando garantir à sociedade brasileira uma justa e solidária proteção, a liberdade e a igualdade nas relações trabalhistas.

2. Conceito de alimentos geneticamente modificados (OGMs) à luz da legislação trabalhista

O diploma legal que conceitua os organismos geneticamente modificados (OGMs) é a Lei 8.974/95. Em seu art. 3º, incisos IV e V, assim preceitua:

“IV – organismo geneticamente modificado (OGM) – organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

V – engenharia genética – atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante” (BRASIL, 1995).

Assim, na definição de **Silva**, 2001:

“Transgênicos são organismos que têm a estrutura genética alterada pela atividade da engenharia genética, que utiliza genes

de outros organismos para dar àqueles novas características. Essa alteração pode tanto buscar a melhora nutricional de um alimento como tornar a planta mais resistente a um herbicida.”

A CLT destina o Título II às normas gerais de tutela do trabalho, na qual se insere o art. 197 e seu parágrafo único, que preconizam a importância de conter a informação correta dos alimentos geneticamente modificados, a recomendação de socorro imediato e o símbolo de perigo ainda não estabelecido pelo Ministério da Justiça e outras normas ligadas à proteção da saúde do trabalhador, tanto normas internacionais (Convenção 155 da OIT) quanto normas nacionais (Norma Regulamentadora 32 do MTE).

Existem, ainda, diversas normas, fora do âmbito laboral, que regulamentam questões relativas à rotulagem dos alimentos geneticamente modificados como o Decreto 3.871/01, que determinou a obrigatoriedade de inserir no rótulo do produto que se trata de OGMs com percentual acima de 4%.

Observa-se que o presente decreto, no seu art. 3º, impõe inclusive a informação ao trabalhador de animais que tenham se alimentado com OGMs, ou que contribuam como ingredientes para os produtos a serem consumidos, assim como, em seu art. 4º, permite a rotulagem negativa, isto é, escrevendo-se “livre de transgênicos”.

Outra legislação que contribuiu de forma clara e evidente para a proteção da saúde do trabalhador foi o Decreto 4.680 de 2003, que em seus §§ 1º e 3º do art. 2º dispõem que os produtos embalados ou vendidos a granel deverão ter em destaque no rótulo da embalagem ou envólucro em que estejam contidos, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, nome do produto: “transgênico”,

contém (nome do ingrediente ou ingredientes) “produto produzido a partir de” ou simplesmente transgênico, previstos na Portaria do MJ 2.658, de 22 de dezembro de 2003, e na Instrução Normativa Interministerial 1, de 1º de abril de 2004.

3. Aspectos polêmicos dos alimentos geneticamente modificados inseridos nas normas de medicina e segurança do trabalho

A Constituição de 1988 protege o meio ambiente nas relações laborais como um todo intimamente relacionado com a segurança e medicina do trabalho que fazem parte dos direitos sociais. Nesse aspecto, destaca-se o mandamento constitucional de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República de 1988).

Segundo Garcia (2009, p. 1004), “A Segurança e Medicina do Trabalho é um importante segmento da ciência, vinculados ao Direito do Trabalho”. A relevância das normas de medicina e segurança do trabalho é multidisciplinar, assim como as normas relativas aos organismos geneticamente modificados. Nessa esteira, não há dúvidas em se falar que os OGMs possuem aspectos polêmicos no tocante à medicina e segurança do trabalho com relação à nocividade dos referidos organismos.

Em relação aos produtos perigosos ou que possam trazer algum risco à saúde e à segurança do trabalhador que lida diretamente com serviços relacionados à saúde (NR 32 do MTE), quanto àqueles que não trabalham em contato direto com essas substâncias, estes produtos podem ir muito além da simples ameaça à vida e à saúde humanas, podendo causar verdadeiro dano ao homem. Nesse contexto estão inseridos os organismos geneticamente modificados. Assim, o transgênico passa de perigoso para nocivo, o que acarretará concretamente maiores consequências para a sua saúde. Sendo assim, é necessário que o trabalhador seja informado sobre a nocividade do produto. Nesse patamar, não se discute a efetiva liberação ou não dos OGMs, mas sim a proteção jurídica à saúde do trabalhador.

4. Disposições previstas na Consolidação das Leis do Trabalho aplicável aos organismos geneticamente modificados

Inúmeras são as disposições previstas na Consolidação das Leis do Trabalho sobre a medicina e segurança do trabalho aplicável aos organismos geneticamente modificados. No que se refere aos deveres cabe às empresas:

- a) cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho previstas na NR 32 do MTE;
- b) instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho com OGMs previstas na NR 32 do MTE;
- c) adotar medidas que lhe sejam determinadas pelo órgão regional competente previstas na NR 32, bem

como a observância do cumprimento pelas empresas de outras disposições que sejam incluídas em códigos e regulamentos sanitários dos estados, municípios e do Distrito Federal, bem como de convenções e acordos coletivos do trabalho, demais NRs e legislação federal (NR 32, item 32.11.1);

d) facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente, quanto ao previsto para todas as empresas no art. 197 e parágrafo único da CLT no tocante à fixação de cartazes/avisos com advertência do uso, manuseio com substâncias que contenham alimentos geneticamente modificados acima de 4% e as disposições previstas na NR 32 do MTE quanto a trabalhadores que trabalhem nos serviços de saúde e aqueles que exercem atividades de promoção e assistência, pesquisa e ensino em saúde em qualquer nível ou complexidade.

Aos trabalhadores, por sua vez, cabe:

a) observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções expedidas pelo empregador, previstas na NR 32 do MTE, em possíveis acordos e convenções coletivas sobre os OGMs;

b) colaborar com a empresa na aplicação das normas sobre medicina e segurança do trabalho (art. 158, CLT).

É importante frisar que compete hoje às denominadas superintendências regionais do trabalho e emprego (antigas delegacias regionais do trabalho) a promoção da fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, no que se insere fiscalização dos dispostos no art. 197 e parágrafo único da CLT, disposições previstas na NR 32 do MTE e a imposição de penalidades ao descumprimento de disposições dos referidos diplomas legais.

Verifica-se que a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 197 preconiza que os materiais e substâncias empregados, manipulados ou transportados em locais de trabalho, quando nocivos à saúde, devem conter no rótulo sua composição, recomendações de socorro imediato e o símbolo de perigo correspondente, segundo padronização internacional; ainda, o parágrafo único desse mesmo dispositivo legal estabelece que os estabelecimentos que mantenham atividades previstas neste artigo afixarão, nos setores de trabalho atingidos, avisos ou cartazes, com advertências quanto aos materiais e substâncias nocivas à saúde.

A Norma Regulamentadora 32, aprovada pela Portaria MTE 585/05, tem por finalidade estabelecer as diretrizes básicas para a implementação das medidas de proteção à segurança e à saúde dos trabalhadores dos serviços de saúde, bem como daqueles que exercem atividades de promoção e assistência à saúde em geral. Ainda na presente instrução, em seu item 32.11.1, os organismos geneticamente modificados foram listados como agentes biológicos que acarretam risco para esses trabalhadores. Desse modo, em toda ocorrência de acidentes envolvendo riscos biológicos, com ou sem o

O transgênico passa de perigoso para nocivo, o que acarretará concretamente maiores consequências para a sua saúde. Sendo assim, é necessário que o trabalhador seja informado sobre a nocividade do produto

afastamento do trabalhador, deve ser emitida a comunicação de acidente de trabalho – CAT (NR 32, item 32.2.3.5). Segundo o item 32.11.4, há responsabilidade solidária em relação ao cumprimento da NR 32.

Nesse contexto, percebe-se a importância das disposições previstas para os empregadores e para os empregados quanto ao cumprimento das normas contidas na NR 32 do MTE e das disposições contidas na CLT, pois os organismos geneticamente modificados têm ampla relevância nas normas tuteladas pela saúde do trabalhador.

5. OGMs e eventuais riscos para a saúde dos trabalhadores

A palavra saúde, de acordo com a Enciclopédia Mirador Internacional (1975, p. 10.271), se origina do latim *salute*, que significa “a salvação, conservação da vida, cura, bem-estar” e, segundo a Organização Mundial de Saúde, é um estado de completo conforto físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade.

Observa-se que, desde o preâmbulo, a Constituição projeta a instituição do estado democrático, destinado a assegurar o exercício do direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No campo da saúde, a Constituição mostra-se um documento bem moderno, arrojado e de largo alcance social, ampliando os horizontes de cobertura dos riscos sociais, como forma de conquista do bem-estar coletivo, conferindo nova dimensão aos sistemas públicos de proteção social. É dessa forma a temática da saúde bastante abrangente em diversos dispositivos constitucionais, pois é mencionada expressamente como um direito social (art. 6º *caput* da Constituição da República/88), direito esse fundado em princípios tais como a universalidade, equidade e integralidade, amplamente protegidos pela ordem constitucional em vigor.

Segundo Oliveira (2001, p. 125), “Nos últimos tempos, duas novas tendências estão ganhando espaço destacado: a preocupação com o meio ambiente vital e a busca da qualidade no sentido amplo”. O art. 225 da Constituição da República de 1988 captou esses movimentos quando dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem do uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Nessa seara, vê-se que esse dispositivo constitucional tutela de forma genérica o meio ambiente e não o do trabalhador. No entanto, Oliveira (2001, p. 127), “o notável progresso do direito ambiental influencia a tutela jurídica da saúde do trabalhador”.

Nesse patamar é importante estabelecer a questão dos transgênicos e o risco para a saúde humana. Frisa-se ainda que traz consequências em relação ao meio ambiente, visto que este não é sustentável, ou seja, não se tem uma proteção ambiental. Destarte, segundo Varella (1996):

“A preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecida como direito de todos (princípio determinado pela Constituição Federal), um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida”. Importa notar que a legislação brasileira reconhece também o direito ao meio ambiente das futuras gerações, de pessoas que ainda não

nasceram. Trata-se de direito transindividual, mas com caráter de novo, o de pessoas futuras. Destruir o meio ambiente não é ato de violação de direito não só das pessoas presentes, mas também das futuras, das próximas gerações.”

Observa-se, nessa esteira, que a precaução tem que ser proporcional ao risco, devidamente avaliado cientificamente, nos dizeres de Carvalho (2001),

“de tal maneira que se o que está num dos pratos da balança for mais preconceito do que risco é socialmente injusto defender políticas públicas que apenas atendam de imediato a um desconforto elitista, travando em longo prazo o avanço de uma tecnologia.”

Assim, é importante expor o que entendem especialistas da área, como Silva (2000), professor da Universidade Federal de Viçosa:

“A grande indústria de capital estrangeiro, que lidera a produção de insumos para a agricultura, a grande empresa rural. Os pequenos produtores só teriam a perder, já que, normalmente, são excluídos das grandes vantagens proporcionadas pelas tecnologias de ponta. O efeito para os médios produtores seria incerto. Enfim, desperta a atenção para a questão do emprego, desde que as variedades transgênicas lançadas até agora seriam predominantemente do tipo que economizaria trabalho, a sua utilização também aumentaria o desemprego agrícola.”

Assim, sejam os argumentos contrários, sejam favoráveis à implementação dos organismos geneticamente modificados, é inquestionável a tutela da saúde do trabalhador dos riscos ao manuseio com os OGMs. Ademais, o trabalhador deverá estar atento não só às normas protetivas à sua saúde, pois segundo Oliveira (2001, p. 92), “a norma jurídica, por si só, não muda as condições do ambiente de trabalho; o empregador está atento ao resultado econômico do empreendimento e a inspeção do trabalho”.

O caminho para se tornar efetiva a tutela da saúde do trabalhador é tornar possível a participação dos trabalhadores e seus representantes quanto às normas protetivas dos trabalhadores conjugada com o direito à informação das normas protetivas da medicina e segurança do trabalho. Nesse patamar se insere a questão da informação dos trabalhadores quanto aos possíveis riscos dos OGMs e com a efetiva participação dos trabalhadores na prevenção e fiscalização do uso dos organismos geneticamente modificados no ambiente laboral.

Assim vê-se a real importância da proteção do trabalhador em relação à informação dos eventuais riscos dos organismos geneticamente modificados não só para aqueles que laboram diretamente com serviços que causam danos à saúde, como também a todos os que trabalham diretamente com OGMs.

6. Legislação brasileira e internacional regulatória da proteção jurídica da saúde dos trabalhadores

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, resgatou os ideais da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade, tornando-se um marco de grande relevância, por promover o conhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, pois a Declaração nos traz tantos os direitos civis e políticos

(arts. 3º a 21) como os direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). A Declaração inclui o direito à saúde ao preconizar que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar (art. 25).

A convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, em vigor no Brasil desde 18 de maio de 1991 – Decreto 129/91, é de suma importância para o presente estudo. Estabelece as normas e princípios a respeito da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. Essa convenção determina que o país deve instituir uma política nacional em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho (art. 4º), devendo ser coerente, ser colocada em prática (efetividade das normas protetivas da medicina e segurança do trabalho) e ser examinada periodicamente.

O objetivo dessa política, conforme Oliveira (2001, p. 92), “é prevenir os acidentes e os danos à saúde do trabalhador. Para tanto, deverá reduzir ao mínimo, na medida do razoável e do possível às causas inerentes ao meio ambiente do trabalho”. Assim, deverá o empregador tentar se utilizar das disposições relativas à redução dos riscos do contato dos trabalhadores com OGMs.

Preconiza o art. 8º, III da Resolução Normativa 1, de 20 de junho de 2006 da CTNBIO (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança), que compete a essa instituição manter informados os trabalhadores e demais membros da coletividade, sujeitos a situações de risco decorrentes da atividade, sobre possíveis danos à saúde e meios de proteção e prevenção para segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes.

Assim, vê-se que não só o empregador deverá tomar cuidado em manter informado os trabalhadores sobre eventuais risco dos OGMs (como estabelece a NR 32 e artigo 197 e parágrafo único da CLT), mas também o órgão responsável pela biossegurança nacional.

Dessa forma, há se concluir que nos países europeus tem-se um maior respeito à natureza, visto que ao se aplicar tal princípio, segundo **Bessa** (2002, p. 35), “não pode ser realizada de maneira simplista, porque existe uma complexa relação entre progresso científico, inovação tecnológica e risco”.

7. Ditames constitucionais acerca dos OGMs

A Constituição de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, com estrutura e cúpula de um Estado Democrático de Direito; nos dizeres de **Canotilho** (2000, p. 98), “a articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos”.

Assim, a dignidade da pessoa humana individual ou coletivamente, *in casu*: do trabalhador, é o fundamento norteador de todo o sistema constitucional; para respeitá-la é preciso assegurar os direitos sociais.

Existem vários artigos esparsos por toda a Constituição brasileira em graus e estágios diferentes, relativos à defesa do trabalhador, tais como o art. 1º, III

(dignidade da pessoa humana); art. 3º, II e III (desenvolvimento nacional e da redução de desigualdades); art. 6º e ss. (direitos sociais). Todos são aplicáveis em relação aos alimentos geneticamente modificados, pois está a dignidade da pessoa humana relacionada à vida das próprias pessoas e à redução das desigualdades, tendo íntima relação com a proteção do trabalhador, já que é notória a fraqueza do trabalhador frente aos empregadores e como direito social, direito esse transindividual que deve zelar pela proteção dos trabalhadores.

Para finalizar, segundo o doutrinador **Garcia** (2009), “A existência de direitos humanos fundamentais implícitos confirma que estes possuem essência própria (...), que se relaciona com o valor jurídico supremo da *dignidade da pessoa humana*”.

Nesse patamar, conclui-se que a pedra de toque da CR/88 – dignidade da pessoa humana – é de suma importância nas relações laborais no tocante aos alimentos geneticamente modificados, por ser a força que movimenta princípios basilares contidos na Constituição de 1998 e em normas infraconstitucionais, tais com a CLT e instruções normativas relacionadas com a medicina e segurança do trabalho.

8. Conclusão

A proteção do trabalhador é hoje vista como um desafio ao mundo do direito, pois muitas vezes o empregador encontra-se em superioridade econômica nos pactos laborais. Sendo assim, é dever do Poder Executivo, nas esferas federal, estadual e municipal, fiscalizar de forma contundente questão relativa aos alimentos geneticamente modificados (OGMs) através dos órgãos de medicina e segurança do trabalho, pois o Estado tem a função de proporcionar bem-estar à população, visando proteger o trabalhador de danos causados à sua saúde.

O Poder Público é um grande prestador de serviço, ocorre que tem-se negligenciado em fiscalizar a questão da segurança e saúde dos trabalhadores quantos aos OGMs: os trabalhadores estariam ou não tendo contato com organismos geneticamente modificados. Nessa corrente de pensamento, é necessário que haja uma maior fiscalização e controle por parte dos órgãos de segurança e medicina do trabalho, tais como as superintendências regionais do trabalho e do emprego, bem como por parte dos trabalhadores empregadores e sindicatos para que estes conjuntamente detectem e exijam os cumprimentos das normas de saúde constantes na NR 32 do MTE. Deverá também o empregador informar a quantidade superior a 4% nos rótulos dos organismos modificados geneticamente assim como a colocação de cartazes que informem a nocividade desses para a saúde do trabalhador.

O descumprimento da NR 32 e das disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho viola a pedra de toque da nossa Constituição de 1988: a dignidade da pessoa humana, pois ao longo de todo o texto constitucional brasileiro buscou-se resguardar e

***Não só o empregador
deverá tomar cuidado em
manter informado os
trabalhadores sobre
eventuais risco dos OGMs
(como estabelece a
NR 32 e artigo 197
e parágrafo único da
CLT), mas também o
órgão responsável pela
biossegurança nacional***

tutelar não só os trabalhadores mas a sociedade de um modo geral, partindo-se das questões protetivas da saúde do trabalhador.

Percebe-se, através deste trabalho, que as normas de medicina e segurança do trabalho estão em constante “diálogo” com outras normas jurídicas, em relação aos organismos geneticamente modificados, pois aquelas definem diversas normas concernentes ao uso, quantidade e implicações desses organismos para o meio ambiente e para a segurança do trabalhador.

Por fim, é importante destacar que as normas inerentes à segurança e medicina do trabalhador são passíveis de controle através de ação civil pública, tendo em vista a reparação coletiva dos trabalhadores, conceituada no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, que laboram diretamente com os organismos geneticamente modificados. Observa-se, pois, que a fiscalização por parte do Poder Público é de suma importância para a garantia da tutela jurídica da saúde dos trabalhadores frente aos organismos geneticamente modificados. ■

Referências

- ANTUNES, Paulo de Baça. *Direito Ambiental*. 6. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995. Estabelece normas para o uso de técnicas de engenharia

genética e liberação no meio ambiente de Organismos Geneticamente Modificados. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 6 janeiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> acesso em: 29.04.08

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almediana, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: LTr, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946. Disponível em: <<http://www.who.int>> Acesso em 29.04.08.

PRECAUÇÕES e Preconceito. *Update*, Revista da Câmara americana de Comércio de São Paulo, out. /2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Maria José. Alimentos geneticamente modificados e biotecnologia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 agosto de 2000. Caderno de Ciências.

SILVA, Jorge Alberto Quadros Carvalho. *Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, econômicos, políticos*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VARELLA, Marcelo. Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática: de acordo com a Lei nº 9.279, de 14. 05.1996*. São Paulo: Atlas, 1996.

CITAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Há RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA desde a pesquisa até o destino final da ATIVIDADE que envolva ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO

A responsabilidade civil independente de culpa abrange as entidades de Direito Público e Privado que exercerem as atividades de Engenharia Genética na construção ou criação, no cultivo, na manipulação, no transporte, na comercialização, na liberação e no descarte de OGM, conforme o art. 14 da Lei 8.974/95. Desde a pesquisa até o destino final do rejeito de OGM, há inegável responsabilidade civil objetiva. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiro, 2001, pág. 967.)

AGENTES NOCIVOS são considerados aqueles que possam ocasionar DANO à SAÚDE ou INTEGRIDADE FÍSICA do TRABALHADOR

Agentes nocivos são os que possam trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em razão de sua natureza, concentração, intensidade e exposição aos agentes físicos (ruídos, vibrações, calor, pressões anormais, radiações ionizantes etc.), químicos (poeiras, gases, fumos, névoas, óleo contendo hidrocarbonetos etc.), biológicos (microorganismos, como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus etc.). Considera-se atividade ou operação insalubre aquela que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponha o empregado a agente nocivo a sua saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (...). Há insalubridade quando o trabalhador tem contato com agentes químicos, físicos ou biológicos, descritos na NR 15 da Portaria nº 3.214/78. (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 381.)

Fundamento jurídico da PRETENSÃO de RESSARCIMENTO, por DANO à SAÚDE do TRABALHADOR, é a RESPONSABILIDADE CIVIL

Onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é chamada para fundamentar a pretensão de ressarcimento, por parte daquele que sofreu as conseqüências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre ao que foi lesado, utilizando do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de corrigir o desvio de conduta, amparando a vítima do prejuízo, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar. (OLIVEIRA, Sebastião Geral de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, São Paulo: LTr, 1996, p.181.)

CIVIL - COMERCIAL

DANOMORAL por INSCRIÇÃO INDEVIDA em órgão de PROTEÇÃO ao CRÉDITO prescinde de PROVA, mesmo que se trate de PESSOA JURÍDICA

Superior Tribunal de Justiça
Agravamento Regimental no Agravamento de Instrumento n. 1.082.609-SC
Órgão julgador: 4a. Turma
Fonte: DJe, 01.02.2011
Relator: Ministro João Otávio de Noronha

AGRAVAMENTO REGIMENTAL NO AGRAVAMENTO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PESSOA JURÍDICA. PROVA DO DANO MORAL DESNECESSÁRIA.

1. Nos casos de inscrição irregular em órgãos de proteção ao crédito, o dano moral configura-se *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.

2. Agravamento regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravamento regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

Ministro João Otávio de Noronha – Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de agravamento regimental interposto por EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL em face de decisão que conheceu do agravamento para dar provimento ao recurso especial para reconhecer que, nos casos de inscrição irregular em órgãos de proteção ao crédito, o dano moral configura-se *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.

Alega a agravante, em suas razões, que, na instância ordinária, não foi demonstrada a repercussão do dano moral nas atividades empresariais da parte adversa.

Afirma que não foi provada a contrariedade ao dispositivo infraconstitucional indicado nem demonstrado de que forma tal dispositivo deu ensejo a interpretações diversas, não existindo o cotejo analítico entre os julgados objeto da divergência. Conclui pela incidência da Súmula n. 284/STF.

Sustenta ser necessário o reexame de provas, razão da incidência do teor da Súmula n. 7/STJ. Aduz não ser o Código de Defesa do Consumidor aplicável ao presente caso.

A parte colaciona decisões de outros tribunais com o intuito de demonstrar que inexistente dano moral contra pessoa jurídica, razão pela qual, nesses casos, não cabe indenização.

Requer-se a reconsideração do julgado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Não assiste razão à parte recorrente.

As Súmulas n. 7/STJ e 284/STF não devem incidir no caso concreto, pois desnecessário qualquer reexame de matéria de fato. Além disso, a parte, em suas razões, fundamentou a matéria objeto de insurgência, estando corretamente comprovada via divergência jurisprudencial.

No que se refere aos julgados apresentados, em que a matéria foi julgada de forma diversa, observe-se o teor do art. 105, III, da Constituição Federal, que outorga ao Superior Tribunal de Justiça a função de uniformizar o direito federal infraconstitucional.

Assim, correto o entendimento proferido de que, nos casos de inscrição irregular em cadastros de proteção ao crédito, o dano moral configura-se *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.

Nessa linha de entendimento, apresento à colação os seguintes julgados:

“Civil e processual civil. Recurso especial. Omissão. Inexistência. Danos morais. Não renovação do cheque especial. Ausência de prova. Protesto indevido. Negativação. Pessoa jurídica. Dano *in re ipsa*. Presunção. Desnecessidade de prova. Quantum indenizatório. Exagero. Afastamento de um dos motivos de sua fixação. Redução.

– Para o Tribunal de origem, o envio do título a protesto de forma indevida gerou presunção de dano moral, o que tornou desnecessária a análise dos pontos questionados em embargos declaratórios;

– A não renovação do contrato de cheque especial não pode ser imputada ao protesto indevido promovido pela recorrente. Fato não comprovado nos autos;

– Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. Precedentes;

– Os valores arbitrados a título de danos morais somente comportam modificação pelo STJ quando fixados de modo irrisório ou exagerado;

– Na espécie, o valor mostra-se exagerado, em especial pelo afastamento da indenização pela não renovação do contrato de cheque especial.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.” (Terceira Turma, REsp n. 1.059.633/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.12.2008.)

“AGRAVAMENTO REGIMENTAL. AGRAVAMENTO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO

CRÉDITO. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. VALOR. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO.

1 – A indevida inscrição do nome de pessoa jurídica em cadastros de inadimplentes gera o direito à indenização por danos morais, sendo desnecessária a comprovação dos prejuízos suportados, pois são óbvios os efeitos nocivos da negativação.

2 – A indenização por danos morais, fixada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), não se revela exagerada, ao contrário, apresenta-se de acordo com os padrões da razoabilidade e da proporcionalidade.

3 – Agravo regimental desprovido.” (Quarta Turma, AgRg no Ag n. 951.736/DF, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 18.2.2008.)

Ademais, diferentemente do que afirma a parte, este Tribunal também entende que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula n. 227/STJ).

Por essas razões, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

Teresa Helena da Rocha Basevi – Secretária

IMOBILIÁRIO

NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO ARRENDATÁRIO DE IMÓVEL RESIDENCIAL se faz necessária para a PROPOSITURA DE AÇÃO REINTEGRATÓRIA

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1.099.760 – RJ
Órgão julgador: 3a. Turma
Fonte: DJe, 03.02.2011
Relator: Ministro Massami Uyeda

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL COM CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA – INADIMPLEMENTO – ESBULHO POSSESSÓRIO – POSSIBILIDADE – NOTIFICAÇÃO PRÉVIA – NECESSIDADE – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO ARRENDAMENTO MERCANTIL (ART. 10 DA LEI N. 10.188/2001) – INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO ENUNCIADO N. 369 DA SÚMULA/STJ – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I – A Lei n. 10.188, de 12.2.2001, que rege especificamente a matéria relativa ao arrendamento residencial, apesar de estabelecer a necessidade de prévia notificação ou interpelação do arrendatário para a sua constituição em mora, apta a configurar o esbulho possessório e autorizar o arrendador a propor a ação de reintegração de posse, não prevê a necessidade ou não de prévia notificação do arrendatário na hipótese da existência de cláusula resolutiva expressa;

II – Aplicando-se ao arrendamento residencial as normas relativas ao arrendamento mercantil (art. 10 da Lei n. 10.188/2001), tem-se que a Segunda Seção desta Corte já pacificou o entendimento de que constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, ainda que o contrato de arrendamento mercantil contenha cláusula resolutiva expressa (Súmula n. 369/STJ);

III – Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs.

Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de dezembro de 2010 (data do julgamento)
MINISTRO MASSAMI UYEDA – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

Os elementos dos autos dão conta de que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF ajuizou ação de reintegração de posse em face de (...), tendo por objeto contrato particular de arrendamento mercantil com opção de compra relativo a imóvel adquirido com recursos do Programa de Arrendamento Residencial – PAR (fls. 2/8).

Or. Juízo da 17a. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro proferiu despacho, determinando à autora CAIXA, no que interessa, “comprovar, nos termos do art. 283 do CPC, a indispensável notificação prévia à arrendatária contendo a especificação dos valores devidos, a fim de se configurar a sua constituição em mora, visto que o documento de fls. 20 configura apenas um acordo extra-judicial, que não comprova, a princípio, a sua constituição em mora”, sob pena de indeferimento da inicial (fl. 22).

Em primeiro grau, o processo foi extinto, sem o julgamento do mérito, nos termos dos arts. 267, inciso I, e 295, inciso VI, do Código de Processo Civil, tendo em vista o desatendimento, pela CAIXA, da determinação judicial de emenda à inicial (fl. 32).

Interposto recurso de apelação, o e. Tribunal Regional Federal da 2a. Região negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“DIREITO CIVIL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. LEI Nº 10.188/01. INADIMPLEMENTO. ESBULHO POSSESSÓRIO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NOTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. POSSIBILIDADE DE PURGAÇÃO DA MORA. RECURSO NÃO PROVIDO.

– O imóvel em questão é objeto de contrato de arrendamento residencial, que prevê expressamente, em sua cláusula décima nona, a caracterização do esbulho possessório, em caso de não cumprimento das obrigações avençadas, autorizando a propositura da correspondente ação de reintegração de posse.

– Nesse diapasão, para que se configure o esbulho possessório, dois requisitos se fazem necessários: o inadimplemento da obrigação contratual assumida pelo arrendatário e a notificação deste por parte da Caixa Econômica Federal, o que não se verificou.

– Recurso não provido.”

No presente recurso especial, interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal de 1.988, busca a recorrente a reforma do r. decisum, sustentando, em síntese, que o inadimplemento da recorrida (...) é incontroverso e que não há, na espécie, necessidade de sua notificação prévia para constituição em mora, uma vez que, no contrato firmado entre as partes, consta cláusula resolutive expressa nesse sentido. Aduz, assim, a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema posto em debate.

Anota-se que não foi aberto prazo para contra-razões ao recurso especial, ante a inexistência de relação processual regularmente estabelecida entre a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e (...) (fl. 76).

A Vice-Presidência do egrégio Tribunal Regional Federal da 2a. Região proferiu juízo positivo de admissibilidade ao apelo nobre (fls. 79/80).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

Inicialmente, observa-se a existência de comprovação e de demonstração da divergência jurisprudencial, estando presentes os requisitos do art. 255, § 1º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, o inconformismo recursal da CAIXA não merece prosperar.

Bem de ver, na espécie, que, nos termos do art. 9º da Lei n. 10.188, de 12.2.2001, “na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse”.

Na realidade, observa-se que a Lei específica que rege o arrendamento residencial, apesar de estabelecer a necessidade de prévia notificação ou interpelação do arrendatário para a sua constituição em mora, apta a configurar o esbulho possessório e autorizar o arrendador a propor a

ação de reintegração de posse, não prevê a imprescindibilidade de prévia notificação do arrendatário na hipótese da existência de cláusula resolutive expressa.

Contudo, o art. 10 da Lei n. 10.188/2001 assim dispõe, *in verbis*: “Aplica-se ao arrendamento residencial, no que couber, a legislação pertinente ao arrendamento mercantil”.

Aplicando-se, assim, à hipótese dos autos, as normas relativas ao arrendamento mercantil, tem-se que a Segunda Seção desta Corte já pacificou o entendimento de que constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, ainda que o contrato de arrendamento mercantil contenha cláusula resolutive expressa. A propósito, o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DA ARRENDATÁRIA PARA CONSTITUIÇÃO EM MORA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CPC, ART. 267, VI. I. Constitui entendimento hoje pacificado no âmbito da 2a. Seção do STJ, que é necessária a notificação prévia da arrendatária para a sua constituição em mora, extinguindo-se o processo em que tal pressuposto não foi atendido, nos termos do art. 267, VI, do CPC. II. Embargos de divergência conhecidos e providos” (ut EREsp 162.185/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 6.11.2006).

Oportuno deixar assente, ainda, que tal entendimento restou cristalizado no recente Enunciado n. 369 da Súmula/STJ (DJe 25/02/2009), *in verbis*: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutive expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora”.

Nega-se, pois, provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de dezembro de 2010

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha – Secretária

PROCESSO CIVIL

INTERPOSIÇÃO de RECURSO manifestamente IMPROCEDENTE caracteriza LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Superior Tribunal de Justiça
Agravamento Regimental no Agravamento de Instrumento n. 1.227.931 – RS

Órgão julgador: 4a. Turma

Fonte: DJe, 01.02.2011

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTS. 17, VII, E 18 DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA. ART. 557, § 2º, DO CPC.

1. Caracteriza litigância de má-fé a interposição de recurso manifestamente improcedente.

2. Agravo regimental desprovido com aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA –
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de agravo regimental interposto por Brasil Telecom SD A em face de decisão singular da minha lavra cujo teor, no que interessa, é o seguinte:

“No recurso especial, aduz a parte que o aresto hostilizado, além de contrariar dispositivo de lei federal (475-J do CPC), divergiu da orientação de outros tribunais na questão referente ao cabimento de honorários advocatícios em cumprimento de sentença.

Contudo, segundo a jurisprudência desta Corte, mesmo na nova sistemática processual civil instituída pela Lei n. 11.232/2005, é cabível a condenação a honorários advocatícios no estágio da execução denominado ‘cumprimento de sentença’, independentemente de haver impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Precedente: Corte Especial, REsp n. 1.028.855/SC, relatora Ministra Nancy Andrihgi, DJ de 5.3.2009.

Tenho, na espécie, como caracterizada a litigância de má-fé, tipificada nos incisos IV e VII do art. 17 do CPC, na medida em que os argumentos lançados no recurso especial são manifestamente improcedentes, porquanto contrários à jurisprudência pacífica desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e, de ofício, condeno a agravante ao pagamento de multa equivalente a 1% sobre o valor da causa (R\$ 8.244,00, conforme estipulado pela autora na petição inicial corrigido” (e-STJ, fls. 262-263).

Em suas razões, a parte agravante insurge-se contra a condenação por litigância de má-fé. Pugna pelo afastamento da multa aplicada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

A irresignação não reúne condições de êxito. A conduta perpetrada por Brasil Telecom SD A no presente processo emoldura-se perfeitamente no inciso VII do art. 17 do Código de Processo Civil: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Com efeito, o recurso especial da parte ora agravante, fundado em divergência jurisprudencial, versa tão somente acerca do cabimento de novos honorários advocatícios na

fase de cumprimento de sentença, questão há muito pacificada por esta Corte.

Não obstante a advertência feita pelo Tribunal *a quo* quando do juízo prévio de admissibilidade do apelo, no sentido de que a pretensão recursal esbarra na Súmula n. 83 do STJ – “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” –, a parte interpôs agravo de instrumento, numa tentativa frustrada de viabilizar o trânsito do recurso especial denegado na origem.

Essa tentativa reiterada de levar ao conhecimento do STJ questão já pacificada, e ainda com suporte em fundamentação já repelida pela Corte em diversos julgamentos – muitos dos quais a própria agravante figura como parte –, denota a manifesta improcedência do recurso e, por conseguinte, seu caráter protelatório.

Nesse contexto, a imposição da reprimenda prevista para o litigante de má-fé no art. 18 do Código de Processo Civil, qual seja, aplicação de multa, é medida que se impõe.

Fica mantida, portanto, a decisão agravada.

Cumprido registrar, ademais, que a agravante nem sequer se incumbiu de infirmar os motivos que deram ensejo à aplicação do art. 18 do Código de Processo Civil, acima ratificados. Limitou-se a colacionar ementas de julgados, uma que trata de aspectos processuais da litigância de má-fé e outra de ato atentatório à dignidade da justiça, questão nem mesmo abordada na decisão agravada.

Desse modo, não se vislumbra outra alternativa que não enquadrar o presente agravo na hipótese descrita no art. 557, § 2º, do CPC. Fica Brasil Telecom SD A, parte agravante, condenada ao pagamento de multa equivalente a 5% do valor corrigido da causa em favor da agravada, sem prejuízo da sanção imposta na decisão ora impugnada. A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao pagamento da pena pecuniária.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e condeno a agravante ao pagamento de multa.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2010

Teresa Helena da Rocha Basevi – Secretária

PENAL - PROCESSO PENAL

É aplicável o PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA em CRIME de ESTELIONATO no qual a LESÃO PATRIMONIAL foi inexpressiva

Supremo Tribunal Federal
Habeas Corpus n 100.937 – RS

Órgão julgador: 2a. Turma

Fonte: DJe, 01.02.2011

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Habeas Corpus. Estelionato. Lesão patrimonial de valor insignificante. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Precedentes. Ordem concedida.

Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, é de se

reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal. Incidência dos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Precedentes. Ordem concedida para o reconhecimento da atipicidade da conduta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 07 de dezembro de 2010.

Ministro JOAQUIM BARBOSA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Conforme relatei na decisão em que deferi o pedido liminar:

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de Z.R.R. contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 989.175-RS, que foi assim ementado:” AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 2. A aplicação do Princípio da Insignificância só ocorre nos casos em que houver mínima ofensividade do agente no cometimento do delito, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, o que não ocorreu na presente hipótese. 3. Agravo regimental desprovido.”

Informam os autos que o Juízo de Direito da 2a. Vara Criminal da Comarca de Uruguaiana/RS julgou procedente a denúncia em desfavor da paciente, condenado-a ao cumprimento da pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A denúncia descreveu a conduta da paciente da seguinte forma:

“Nos dias 30 de julho de 2001, e 03, 04, 12, 14 e 17 de setembro de 2001, em diversos horários, no interior da Farmácia P., localizada na Rua Domingos de Almeida, em Uruguaiana, a denunciada, mediante artifício e ardil, obteve, para si, vantagem ilícita no montante de R\$ 125,97, em prejuízo de J.E.S. e P.C.F.M.” (fl. 02 do apenso).

Inconformada com a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento para, reconhecendo a hipótese de aplicação do princípio da insignificância, absolver a então apelante com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Em seguida, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial ao STJ, ao qual foi dado provimento para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória.

Sobreveio, então, o presente *habeas corpus*, no qual se pede, liminarmente, a “suspensão da ação penal em curso ou sustar a eficácia da sentença penal condenatória nela proferida” até o julgamento final do presente *writ*. No mérito, requer a “anulação de todo processo criminal em que a paciente fora denunciada e condenada, por força da aplicação do princípio da insignificância, ou, assim não entendendo, pela diminuição da pena em face da configuração do estelionato privilegiado, com a conseqüente prescrição da pena aplicada” (fl. 06).” (fl. 11-13)

Depois disso, dispensadas as informações ante a suficiente instrução do feito, o Ministério Público opinou pela concessão da ordem (fl. 34-37).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): O caso em análise cinge-se à verificação da incidência do princípio da insignificância na confuta imputada a ora paciente, a qual foi descrita na peça acusatória como a obtenção de vantagem ilícita, mediante artifício e ardil, no montante de R\$ 125,97 (cento e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos).

No ponto, é importante ressaltar que a 2a. Turma desta Corte, por unanimidade, no julgamento do HC 92.946/RS (rel. min. Cezar Peluso, DJe 15.05.2009), concedeu a ordem para cassar acórdão proferido pelo STJ e restabelecer decisão absolutória do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ante o reconhecimento da atipicidade da conduta, considerando que “as circunstâncias que envolviam o delito atribuído ao paciente – **prejuízo avaliado em R\$ 80,00** (oitenta reais), e o pouco valor social e jurídico da conduta, reconhecido por todos os graus de jurisdição – **autorizam aplicação do princípio da insignificância**” no delito de estelionato. Eis a ementa do citado *habeas corpus*:

“AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. **Delito de estelionato**. Aquisição de mercadoria. Lesão patrimonial de valor insignificante. Crime de bagatela. **Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida**. Absolvição do réu. **HC concedido para esse fim**. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, ou absolvido o réu, por atipicidade do comportamento e **conseqüente inexistência de justa causa.**” (grifei)

A similitude fática entre a hipótese sob exame e o julgado acima abre espaço para o reconhecimento da atipicidade material da conduta da paciente.

Ademais, não consta dos autos qualquer informação acerca de eventual habitualidade delitativa por parte da ora paciente.

Desse modo, a única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que não houve lesão ao bem jurídico tutelado. Por conseguinte, não é possível reconhecer, na hipótese, a tipicidade da conduta e a existência de justa causa para a ação penal.

Do exposto, **voto pela concessão a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à paciente e declaro nula a ação penal de origem ante a ausência de justa causa.**

EXTRATO DE ATA

Decisão: Deferida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2a. Turma, 07.12.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

Indicada a PESSOA JURÍDICA e seu REPRESENTANTE LEGAL em PROCURAÇÃO de EMPRESA, não é obrigatória a indicação do CARGO

Tribunal Superior do Trabalho

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 224040-02.2005.5.02.0036

Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais

Fonte: DEJT, 04.02.2011

Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho

EMBARGOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 373 DA SBDI-1. Verificando-se que constam da procuração a identificação da pessoa jurídica e a de seu representante legal, cujo nome encontra-se indicado abaixo de sua assinatura, tem-se como devidamente identificados um e outro, conforme exigido pela Orientação Jurisprudencial 373 da SBDI-1/TST. Não é necessário que seja informado o cargo do outorgante, sendo suficiente o seu nome. O que não se pode admitir é que uma mera rubrica aposta na procuração esteja identificando o representante legal da pessoa jurídica. Recurso de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-E-AIRR-224040-02.2005.5.02.0036, em que é Embargante SERVCATER INTERNACIONAL LTDA. e Embargada UNIÃO (PGU).

A 4a. Turma desta Corte, mediante acórdão às fls. 145/147, da lavra da Ministra Maria de Assis Calsing, não conheceu do agravo de instrumento interposto pela reclamada, em face da ausência de identificação do representante legal da empresa outorgante, requisito essencial à regularidade do mandato, nos termos da Orientação Jurisprudencial 373 da SBDI-1/TST.

A reclamada interpõe recurso de embargos, sob a alegação de que a Orientação Jurisprudencial 373/TST foi mal aplicada, visto que regular o mandato de fl. 29. Aponta,

ainda, violação dos arts. 5º, II, da CF, 654, § 1º, do Código Civil, 896 e 897 da CLT.

Impugnação apresentada às fls. 162/164.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo não conhecimento dos embargos (fls. 171/173).

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos específicos do recurso de embargos, que se rege pela Lei nº 11.496/2007.

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL DO OUTORGANTE

Conhecimento

A Turma não conheceu do agravo de instrumento interposto pela reclamada, pelos seguintes fundamentos (fls. 145/147):

– **IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL NA PROCURAÇÃO JUNTADA AOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

O presente Recurso não deve ultrapassar a barreira do conhecimento.

Com efeito, as procurações anexadas aos autos (a fls. 23 e 29) não são válidas, pois não contém a qualificação do representante legal da Agravante, requisito essencial à regularidade do mandato, sem a qual inexistem poderes para os advogados atuarem nos autos. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou posicionamento nesse sentido na recente Orientação Jurisprudencial nº 373, da SBDI-1, divulgada no DJe em 10, 11 e 12/3/2009, dispondo, *in verbis*:

‘**IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. PROCURAÇÃO INVÁLIDA. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE E DE SEU REPRESENTANTE. ART. 654, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL.** (DJe divulgado em 10, 11 e 12.03.2009).

Não se reveste de validade o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica em que não haja a sua identificação e a de seu representante legal, o que, conforme o art. 654, § 1º, do Código Civil, acarreta, para a parte que o apresenta, os efeitos processuais da inexistência de poderes nos autos.’

Nessa linha, a admissibilidade de qualquer recurso está condicionada ao preenchimento dos pressupostos extrínsecos, entre os quais está a regularidade de representação. Registre-se que a representação processual constitui matéria de ordem pública, que pode e deve ser examinada de ofício pelo magistrado em todos os graus de jurisdição, conforme preceitua o § 4º do art. 301 do CPC.

Ademais, irrelevante qualquer eventual invocação de ofensa ao art. 13 do CPC, pois não cabe em grau recursal a abertura de prazo para regularizar tal situação, conforme disciplina a Súmula nº 383 desta Corte, *in verbis*:

‘383 – MANDATO. ARTS. 13 E 37 DO CPC. FASE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais 149 e 311 da SBDI-1 – Res. 129;05 – DJ de 20-04-05).

I – É inadmissível, em instância recursal, o oferecimento tardio de procuração, nos termos do art. 37, do CPC, ainda que mediante protesto por posterior juntada, já que a interposição de recurso não se pode ser reputada ato urgente (ex OJ nº 311 – DJ de 11-08-03).

II – Inadmissível na fase recursal a regularização da representação processual, na forma do art. 13 do CPC, cuja aplicação se restringe ao Juízo de 1º grau.’ (Ex OJ nº 149 – Inserida em 27/11/1998.).

Por fim, destaque-se que o presente caso não se insere nas hipóteses de mandato tácito, uma vez que há procurações, a fls. 23 e 29, conferindo poderes ao subscritor do Agravo de Instrumento, conquanto inválida.

Do exposto, em virtude da evidente irregularidade de representação, não conheço do Agravo de Instrumento.

Alega a embargante que o instrumento de fl. 29, que revogou o de fl. 23, além de qualificar a empresa, indica o nome do seu representante legal, qual seja, (...), razão por que foi mal aplicada a Orientação jurisprudencial 373 da SBDI-1/TST. Aponta, ainda, violação dos arts. 5º, II, da CF, 654, § 1º, do Código Civil, 896 e 897 da CLT.

Trata-se de embargos regidos pela Lei nº 11.496/2007, a qual deu nova redação ao art. 894, II, da CLT, limitando o seu cabimento à comprovação de divergência jurisprudencial. Desse modo, a indicação de afronta a dispositivo de lei e da Constituição Federal não autoriza o conhecimento dos embargos.

Quanto à apontada contrariedade à Orientação Jurisprudencial 373 da SBDI-1/TST, razão assiste à embargante.

A mencionada OJ firmou o seguinte entendimento, *in verbis*:

– Não se reveste de validade o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica em que não haja a sua identificação e a de seu representante legal, o que, a teor do art. 654, § 1º, do Código Civil, acarreta, para a parte que o apresenta, os efeitos processuais da inexistência de poderes nos autos.

– Do exame dos autos verifica-se que, na procuração à fl. 29, constam a identificação da pessoa jurídica e a de seu representante legal, a qual foi firmada por (...), conforme indicado abaixo da assinatura.

Tem-se, portanto, no caso, que tanto a pessoa jurídica quanto o seu representante legal estão devidamente identificados, embora não haja a indicação do cargo por ele ocupado. Constando, portanto, o nome

do representante legal, tem-se como atendida a exigência da citada OJ e do art. 654, § 1º, do Código Civil. O que não se pode admitir é que uma mera rubrica aposta na procuração esteja identificando o representante legal da pessoa jurídica.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

– REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 373 DA SDI-1. Reputa-se atendida a diretriz da OJ 373 da SDI-1 desta Corte quando o instrumento de mandato contém pelo menos o nome do representante legal da empresa, pois este dado constitui elemento que o individualiza. Nos termos da aludida Orientação Jurisprudencial, a ausência de qualificação do representante legal da outorgante não constitui irregularidade no instrumento de mandato. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. – (TST-E-AIRR-212400-19.2000.5.09.0024, SBDI-1, Rel. Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 19/3/2010.)

– AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PROCURAÇÃO INVÁLIDA. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DO OUTORGANTE. A identificação do outorgante constitui requisito básico à validade do instrumento de mandato, nos moldes do artigo 654, § 1º, do Código Civil. *In casu*, trata-se de procuração outorgada por pessoa jurídica, na qual consta mera rubrica que não pode ser identificada, tornando inválido tal documento. O descumprimento da mencionada norma legal torna o apelo inexistente. Embargos não conhecidos.

(TST-E-AIRR-81740-14.2002.5.04.0732, SDI-1, Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 29/8/2008.)

Nesse contexto, tem-se que a Turma, ao não conhecer do agravo de instrumento, por irregularidade de representação processual, contrariou a OJ 373 da SBDI-1 desta Corte, na medida em que consta do instrumento de mandato o nome do representante legal da empresa.

Em face do exposto, conheço do recurso de embargos, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 373 da SBDI-1.

Mérito

Tendo conhecido do recurso de embargos, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 373 da SBDI-1 desta Corte, dou-lhe provimento para determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que, afastado o óbice da irregularidade de representação, prossiga no exame do agravo de instrumento, como entender de direito.

ISTOPOSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 373 da SBDI-1, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que, afastado o óbice da irregularidade de representação, prossiga no exame do agravo de instrumento, como entender de direito.

Brasília, 16 de dezembro de 2010.

Augusto César Leite de Carvalho – Ministro Relator

É obrigatória a MANUTENÇÃO de FARMACÊUTICO em DISTRIBUIDORA de MEDICAMENTO após a VIGÊNCIA da MEDIDA PROVISÓRIA 2190-34/01

Superior Tribunal de Justiça
 Recurso Especial n. 1.085.281 – SP
 Órgão julgador: 2a. Turma
 Fonte: DJe, 03.02.2011

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS. MANUTENÇÃO DE FARMACÊUTICO. MP 2.190/2001. APLICABILIDADE NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

1. O exame de suposta violação de dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Federal, pela via do recurso extraordinário, sendo vedado a esta Corte Superior realizá-lo, em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

2. A exigência, prevista no art. 15, § 1º, da Lei 5.991/73, de permanência de farmacêutico nas farmácias e drogarias, durante o período de funcionamento, não se aplica às distribuidoras (atacadistas) de medicamento, até a edição da Medida Provisória 2.190-34/2001, que estendeu a aplicação do mencionado art. 15 às distribuidoras de medicamentos. Dessarte, a obrigação de manter profissional farmacêutico nas distribuidoras de medicamentos somente tornou-se obrigatória após a vigência da Medida Provisória 2.190-34/2001 e suas respectivas reedições, o que se verificou na hipótese dos autos.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES,
 Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF/SP, com fundamento nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do permissivo

constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 3a. Região, nesses termos ementado (fls. 361/364):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXIGÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO À DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 5.991/73, determinou a obrigatoriedade de profissional técnico responsável, somente nas farmácias e drogarias.

2. Tal exigência imposta à outros setores, extrapola os limites previstos no texto legal.

3. A Medida Provisória nº 1912, que em seu art. 10, equiparava a distribuidora de medicamentos à farmácia e drogaria perdeu a eficácia.

4. Impossibilidade de exigência da presença de responsável técnico farmacêutico se a atividade desenvolvida é o comércio de produtos farmacêuticos em geral.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 372/378).

Em suas razões recursais, sustenta contrariedade ao disposto nos artigos 11 da MP 2.190-34/2001, 19 da Lei 5.991/73 e 24, da Lei 3.820/60 c/c artigo 1º do Decreto 85.878/81, além de divergência jurisprudencial.

Contrarrazões nos autos (fls. 434/451).

O recurso especial não foi admitido na origem, razão porque subiram a esta Corte por força de decisão proferida em agravo de instrumento (fls. 577 – 588).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF/SP, com fundamento nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 3a. Região.

No tocante à alegada violação do disposto no artigo 535 do CPC, não assiste razão à recorrente. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. Vejam-se exemplos:

PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, II, DO CPC, NÃO CONFIGURADA. (...)

1. Não há violação do art. 535, II, do CPC, uma vez que os acórdãos recorridos estão devidamente fundamentados. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder

a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.

(...)

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.261.841/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.9.2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. [...] VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...)

43. A decisão que pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos não enseja recurso especial pela violação do art. 535, I e II, do CPC.

(...)

46. Recurso Especial interposto pela empresa BRASIL TELECOM S/A parcialmente conhecido, pela alínea “a”, e, nesta parte, provido.

47. Recurso Especial interposto por (...) desprovido. (REsp 976.836/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 5.10.2010)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO OCORRENTE. (...)

1. Inexistem quaisquer resquícios de negativa de prestação jurisdicional cometida pelo acórdão recorrido que examinou de modo sólido e integral a controvérsia.

(...)

4. Recursos especiais não providos. (REsp 1.181.300/PA, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24.9.2010)

No mérito, entendo que o recurso especial merece provimento.

Conforme extraído da sentença, a recorrida teria por objeto constante no contrato social a distribuição de medicamentos. Senão vejamos (fl. 267):

Restou claro da prova documental acostada aos autos ser o estabelecimento da impetrante “Comércio Distribuidor de Produtos Farmacêuticos em Geral”, conforme consta do Contrato de Constituição de Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada, exercendo a atividade de comercialização de produtos farmacêuticos, não havendo laboratório de manipulação no referido estabelecimento.

Portanto, trata-se o fato da impetrante exercer a atividade do “Comércio Distribuidor de Produtos Farmacêuticos em Geral” fato incontroverso nos autos, constituindo-se, assim, em estabelecimento diverso das farmácias e drogarias, que estão sujeitas ao cumprimento dessa obrigação legal.

É certo que a jurisprudência desta Corte Superior se fundamentou no sentido de que ser obrigatória assistência de profissional farmacêutico, inscrito em Conselho Regional de Farmácia, nas drogarias, farmácias e, com a introdução da MP n. 2.190-34, também nas distribuidoras de medicamentos, como no caso dos autos.

A propósito:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISTRIBUIDORA/ATACADISTA DE MEDICAMENTOS. ASSISTÊNCIA DE FARMACÊUTICO. INEXIGÊNCIA. MP Nº 2.190-34. INAPLICABILIDADE.

I – Somente as drogarias e farmácias estão obrigadas à assistência de profissional farmacêutico, inscrito em Conselho Regional de Farmácia, não tendo a MP nº 2.190-34 aplicação à época dos fatos. Precedentes: REsp nº 438337/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 29/09/2003 e AGA n. 154.651/DF, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 29/09/1997.

II – Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 947.108/SP, 1a. Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19.11.2007, grifou-se)

RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – ADMINISTRATIVO – CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA – DISTRIBUIDORA ATACADISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICO-HOSPITALARES – ASSISTÊNCIA DE FARMACÊUTICO – INEXIGÊNCIA – ART. 24 DA LEI 3.820/60 E ART. 15 DA LEI 5.991/73 – MP 2.190 – INAPLICABILIDADE À ÉPOCA DOS FATOS.

1. As normas jurídicas só incidem aos fatos ocorridos a partir de sua vigência. Eficácia imediata não se confunde com aplicação retroativa. Assim, é totalmente inaplicável a MP 2.190, já que à época dos fatos este diploma legal não vigia, mesmo em sua primeira edição.

2. Somente as drogarias e farmácias estão obrigadas à assistência de profissional farmacêutico, inscrito em Conselho Regional de Farmácia. Esta exigência não se estende às distribuidoras atacadistas de produtos e materiais farmacêutico-hospitalares.

3. A divergência jurisprudencial além de atender às formalidades do § único do art. 541, do CPC, deve demonstrar a similitude fático-jurídica entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

4. Recurso improvido pela alínea ‘a’ e não conhecido pela alínea ‘c’.” (REsp 438.337/DF, DJ de 29.9.2003, 1a. Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de DJ de 29.9.2003, grifou-se)

“ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS. CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. INEXIGIBILIDADE. EXORBITÂNCIA DO ART. 30 DO DEC 74.170/1974. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AgRg no Ag 154.651/DF, 2a. Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 29.9.1997)

Destarte, a obrigação de manter profissional farmacêutico nas distribuidoras de medicamentos somente tornou-se obrigatória após a vigência da Medida Provisória 2.190-34/2001 e suas respectivas reedições, o que se verificou na hipótese dos autos.

Por todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de dezembro de 2010

Valéria Alvim Dusi – Secretária

É possível a REMISSÃO de DÉBITO TRIBUTÁRIO inferior a dez mil reais, vencidos até 31.12.2007, desde que o DEVEDOR não possua outra PENDÊNCIA perante a FAZENDA NACIONAL

Tribunal Regional Federal da 4a. Região
Apelação Cível n. 0013893-36.2010.404.9999 – RS
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DE, 01.02.2011
Relator: Des. federal Maria de Fátima Freitas Labarrère

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REMISSÃO DOS DÉBITOS. ART. 14. LEI Nº 11.941/09. POSSIBILIDADE.

Segundo o art. 14 da Lei nº 11.941/09 é possível a remissão dos débitos tributários inferiores a dez mil reais, vencidos até 31.12.2007, desde que o devedor não possua perante a Fazenda Nacional débitos outros que, somados, superem tal valor.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e, de ofício, reconhecer a remissão dos débitos, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de janeiro de 2011.

Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE – Relatora

RELATÓRIO

A União Federal propôs a presente execução fiscal contra CADORE MÁQUINAS AGRICOLAS LTDA./ para a cobrança do crédito consubstanciado na CDA nº 00699036204-29, no valor de R\$ 1.590, em 13/08/2009 (fl. 63).

OMM. Juízo *a quo*, sentenciando, extinguiu a execução fiscal, em razão do reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente (fls. 35-47).

Em suas razões de apelação, a recorrente aduziu, em síntese, que não foi observado o rito especificado pelo art. 40 da Lei nº 6.830/80 para o decreto da prescrição intercorrente, e que, ademais, o pedido de suspensão se deu por ocasião do parcelamento da dívida em apreço, sendo esse fator impeditivo da ocorrência de prescrição (fls. 50-63).

A exequente foi intimada a se manifestar quanto à possibilidade de remissão dos débitos tributários, conforme o disposto no art. 14 da Lei nº 11.941/09 (fls. 71).

Regularmente processado o recurso, sobem os autos. É o relatório.

VOTO

Da Remissão

Dispõe o artigo 14 da Lei 11.941/09:

Art. 14. Ficam remetidos os débitos com a Fazenda Nacional, inclusive aqueles com exigibilidade suspensa que, em 31 de dezembro de 2007, estejam vencidos há 5 (cinco) anos ou mais e cujo valor total consolidado, nessa mesma data, seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º O limite previsto no *caput* deste artigo deve ser considerado por sujeito passivo e, separadamente, em relação:

I – aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,

decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos;

II – aos demais débitos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

III – aos débitos decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

IV – aos demais débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Conforme o artigo transcrito acima, deve-se concluir que só haverá remissão se a soma dos débitos do sujeito passivo, que em 31.12.2007 estejam vencidos há cinco anos ou mais, em cada modalidade descrita nos incisos for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim já decidiu esta Corte, *in verbis*:

EXECUÇÃO FISCAL. REMISSÃO. ART. 14 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. 1. O art. 14 da Medida Provisória nº 449/2008 autorizou a remissão de créditos tributários inferiores a dez mil reais, vencidos até 31.12.2007, desde que o devedor não possua perante a Fazenda Nacional débitos outros que, somados, superem tal valor. 2. Não superado o limite legal, deve ser mantida a extinção do feito pela remissão. 3. Desprovido o apelo da União. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 00058553520104049999, 2a. Turma, Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, POR UNANIMIDADE, D.E. 09/07/2010) (grifei)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REMISSÃO. EXTINÇÃO. LEI 11.941/2009. 1. Estando respeitados os requisitos dispostos no artigo 14 da MP 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, impõe-se a extinção da execução fiscal, tendo em vista a remissão do débito. 2. Conforme jurisprudência desta Corte, caso o sujeito passivo possua mais de um débito, esses deverão ser considerados agrupados de acordo com a sua natureza, para fins de aferição dos requisitos para concessão da remissão. Precedente deste Tribunal. 3. Os documentos juntados pela parte exequente não possuem o condão de provar os fatos alegados. Não obstante esteja demonstrada a existência de outros débitos do mesmo contribuinte, inexistem informações acerca da origem dos mesmos. (TRF4, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 00003913020104049999, 2a. Turma, Juíza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA, POR UNANIMIDADE, D.E. 20/05/2010) (grifei)

No caso dos autos, a exequente foi intimada a se manifestar quanto à possibilidade de remissão dos débitos (fl. 71), tendo informado que o valor consolidado dos débitos em questão atinge montante inferior a R\$ 10.000,00, estando a dívida, de fato, remetida nos termos do art. 14, da Lei 11.941/2009 (fls. 73-75).

Assim, a presente execução fiscal deve ser extinta em face da remissão dos débitos, prevista no art. 14 da Lei nº 11.941/09.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e, de ofício, reconhecer a remissão dos débitos.

Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE – Relatora

Desnecessária a CITAÇÃO do PAI BIOLÓGICO de MENOR para ADOÇÃO

1. Segundo a legislação pátria, a adoção de menor que tenha pais biológicos no exercício do pátrio poder pressupõe, para sua validade, o consentimento deles, exceto se, por decisão judicial, o poder familiar for perdido. Nada obstante, o STJ decidiu, excepcionalmente, por outra hipótese de dispensa do consentimento sem prévia destituição do pátrio poder: quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando (REsp n. 100.294-SP).

2. Sentença estrangeira de adoção assentada no abandono pelo pai de filho que se encontra por anos convivendo em harmonia com o padrasto que, visando legalizar uma situação familiar já consolidada no tempo, pretende adotá-lo, prescinde de citação, mormente se a Justiça estrangeira, embora tenha envidado esforços para localizar o interessado, não logrou êxito. 3. Presentes os demais requisitos e verificado que o teor da decisão não ofende a soberania nem a ordem pública (arts. 5º e 6º da Resolução STJ nº 9/2005). 4. Sentença estrangeira homologada. (STJ - Sentença Estrangeira Contestada n. 259/EX - C. Esp. - Ac. unânime - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJe, 23.08.2010).

Existe RESPONSABILIDADE CIVIL do CORRÉU em ACIDENTE DE TRÂNSITO eis que invadiu a PISTA contrária com seu VEÍCULO

Acidente de veículo. Ação de reparação de danos. Veículos que trafegavam em sentido contrário. Conjunto probatório que demonstra que o veículo do corréu invadiu a pista contrária. Responsabilidade do corréu pelo acidente. Não configuração de qualquer excludente de responsabilidade civil na hipótese. Ato que não configurou culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito ou estado de necessidade. Indenização devida. Possibilidade de ajuizamento da ação em face do segurado e da seguradora. Pagamento das verbas sucumbenciais por ambos os réus, que decorre da condenação experimentada por ambos. Dano material comprovado. Correção monetária que incide desde a data do orçamento apresentado, e juros, moratórios contados do evento (Súmula 54 STJ). Agravo retido não conhecido e apelos improvidos. (TJ/SP - Ap. Cível n. 0036060-67.2009.8.26.0224 - Guarulhos - 32a. Câ. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. Ruy Coppola - Fonte: DJ, 28.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Retiramos a seguinte lição do voto do relator: “Só existe exclusão da responsabilidade, em caso de ato de terceiro, quando for ela exclusiva ou quando for imprevisível aquela conduta.”

Inaplicabilidade do ACORDO TRIPs com a VIGÊNCIA da LEI 9279/96

1. O art. 65.2 do TRIPs prevê prazo de extensão geral, estabelecido para todos os países em desenvolvimento, não sendo necessário qualquer tipo de manifestação por parte dos Estados membros incluídos nessa categoria, motivo pelo qual as disposições do TRIPs tornaram-se obrigatórias, no Brasil, somente a partir de 1º de janeiro de 2000. 2. Por esse motivo, incabível a análise do pedido de patente da autora, depositado em 1992 e indeferido em 1999, diretamente e com base nas disposições do Acordo TRIPs. 3. Ademais, considerando que o pedido administrativo da autora é do ano de 1992, sob a égide da Lei 5.771/71, não é possível a concessão de patente de fármaco, ainda que o pedido de patente fora depositado e concedido em país estrangeiro. 4. Com a entrada em vigor da Lei 9.279/96, poderia a autora requerer a patente pipeline, desde de que cumpridos os requisitos dispostos na nova lei, o que não ocorreu. 5. O fato de a ora recorrente não poder cumprir os requisitos impostos pelo procedimento da *patente pipeline* e, conseqüentemente, não poder realizar um novo depósito, cuja obrigatoriedade sequer restou configurada, não implica violação ao art. 229 da Lei 9.279/96. 6. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando fundada em acórdão paradigma deste Superior Tribunal de Justiça que representa jurisprudência superada. 7. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, parcialmente provido. (STJ - Rec. Especial n. 1096434/RJ - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 17.11.2010).

NOTA BONIJURIS: Extraímos o seguinte trecho do voto prolatado pelo relator: “Cumprir destacar que, em 1996, foi editada nova lei interna sobre o tema, a Lei 9.279/96, respeitando as disposições TRIPs, e impondo requisitos para a concessão de patentes já depositadas, anteriormente, em país estrangeiro, conforme os arts. 229, 230 e 231 da Lei 9.279/96.”

Inexistência de CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO de TELEFONIA torna indevida a INCLUSÃO em CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

O ônus de provar a contratação é da empresa de telefonia. O consumidor não tem como provar que não contratou. Se não há prova do contrato celebrado, a inclusão em lista de restrição de crédito é indevida. O sistema de contratação dos serviços via telefone é frágil, já que possibilita a fraude de terceiros. A culpa da empresa de telefonia está configurada pelo fato de disponibilizar um sistema frágil de contratação que coloca em risco o direito

de outrem. Trata-se de teoria do risco prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Se o sistema disponibilizado falhou, a empresa de telefonia deve arcar com os prejuízos causados a parte. Tendo a empresa de telefonia cobrado indevidamente o débito, a quantia paga deverá ser ressarcida à autora. Não há o que se falar em repetição de indébito, quando não restar comprovada a má-fé da parte. O dano moral ocorre com a inscrição indevida em listas de restrição de crédito, já que as referidas listas expõem o nome do consumidor a todo o mercado de consumo. O valor da reparação por danos morais visa recompor o abalo sofrido. Deve ser arbitrado com proporcionalidade, tendo em vista a extensão do dano e as condições econômicas do violador do dever de cuidado. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0016.09.101305-8/001 - Alfenas - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Tibúrcio Marques - Fonte: DJ, 11.01.2011).

MODIFICAÇÃO de GUARDA DE MENOR somente pode ser deferida mediante situação excepcional

I - Nos termos do artigo 33 da Lei nº 8.069/90, a transferência da guarda de menor somente deve ser deferida diante de situações graves ou para suprir falta eventual dos pais, em caráter excepcional. II - Ausente a prova de que os pais não tenham condições de exercer a guarda do menor, deve ser negado o pedido de modificação formulado pelo tio paterno. III - Quando a modificação da guarda visa à transformação da menor em dependente do tio, para acesso à assistência à saúde e ao auxílio-educação oferecidos pela empresa em que trabalha, o pedido não pode ser deferido. IV - Recurso conhecido e provido. (TJ/MG - Ap. Cível. n. 1.0024.06.273872-9/001 - Belo Horizonte - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Bitencourt Marcondes - Fonte: DJ, 26.01.2011).

PENSÃO ALIMENTÍCIA deve incidir sobre toda a REMUNERAÇÃO do ALIMENTANTE

1. Embora a notícia dos fatos novos supervenientes seja fato relevante, a alteração do que foi acordado pelas partes e foi homologado pelo juízo somente poderá ocorrer em ação própria, observando-se o devido processo legal, pois o recurso sequer versa sobre tal matéria. 2. Constitui entendimento jurisprudencial indissolvente nesta Câmara que a pensão de alimentos deve incidir sobre todos os ganhos salariais do alimentante, incluindo-se as horas extras, bem como eventuais gratificações e também todas

as verbas de caráter não indenizatório. Dessa forma, a pensão alimentícia deve incidir também sobre o 13º salário e o terço de férias. Recurso provido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70039591136 - Porto Alegre - 7a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - Fonte: DJ, 21.01.2011).

REGISTRO de MARCA no INPI impede seu uso em qualquer outra EMPRESA de seu ramo de atividade

1. A precedência do registro do nome e da marca no INPI garantem a proprietária o seu uso exclusivo e impede o seu emprego por qualquer outra empresa do mesmo ramo de atividade, por acarretar prejuízo à sua legítima detentora, como também aos consumidores que ficam sujeitos à confusão em face da identidade de marcas. 2. A concessão à recorrente de registro no INPI, para uso exclusivo das expressões "Csa." e "Santo Amaro", impede a concessão posterior de uso da mesma expressão a pessoa jurídica diversa, para a mesma classe de atividade. 3. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 887686/RJ - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 26.11.2010).

Vedada a DIFERENCIAÇÃO entre CÔNJUGE e COMPANHEIRO para fins de SUCESSÃO

Alegação de inépcia do pedido de herança rejeitada ao argumento de que o artigo 1790 do Código Civil confere ao convivente a condição de herdeiro, na sucessão da companheira, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - Súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal - Inocorrência - Mera antinomia jurídica resolvida por meio de normas infraconstitucionais. UNIÃO ESTÁVEL - Sucessão de companheira pré-morta - Incompatibilidade do art. 1790 do Código Civil com o sistema jurídico de proteção às entidades familiares - Orientação jurisprudencial no sentido da inaplicabilidade do referido dispositivo de lei - Aplicação do artigo 1829,1, do Código Civil, vedada a distinção entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios operada pelo art. 1790 do aludido diploma legal. Inteligência do art. 226, §3º, da Constituição Federal - Agravo parcialmente provido. (TJ/SP - Ag. de Instrumento n. 9040850-31.2009.8.26.0000 - Atibaia - 9a. Câ. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Viviani Nicolau - Fonte: DJ, 30.11.2011).

IMOBILIÁRIO

AÇÃO de COBRANÇA de TAXA CONDOMINIAL pode ser movida contra apenas um dos CONDÔMINOS

A solidariedade no cumprimento das obrigações condominiais quando a unidade autônoma pertence a mais de uma pessoa, é da essência do condomínio. Isto significa, primeiro, que a ação de cobrança pode ser dirigida contra um só dos condôminos, sendo desnecessária a integração no pólo passivo de todos os proprietários e segundo, que o imóvel responde por inteiro pelo débito condominial, mesmo porque, cuidando-se as despesas de condomínio de obrigações de pagar, derivadas da propriedade, fica o

imóvel integralmente vinculado ao débito, possibilitando sua apreensão para garantia da execução das despesas respectivas. (TJ/SP - Ag. de Instrumento n. 0550118-74.2010.8.26.0000 - São Paulo - 29a. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. Oscar Feltrin - Fonte: DJ, 27.01.2011).

ATO praticado por PESSOA FÍSICA na qualidade de SÍNDICO acarreta ILEGITIMIDADE PASSIVA em AÇÃO INDENIZATÓRIA por DANOMORAL

Ação de indenização por danos morais. Preliminar de ilegitimidade passiva: atos praticados na qualidade de

síndico e não de condômino. Supostas ofensas proferidas em carta remetida a todos os moradores do condomínio. O fato gerador do direito do autor decorre, em tese, de supostas ofensas proferidas pelo síndico, nessa qualidade, em carta remetida a todos os moradores do condomínio; a missiva encontra-se firmada pelo réu, na qualidade de síndico e em papel timbrado do condomínio; além disso, narra que o síndico, também nessa qualidade, teria sido agredido na saída do fórum após audiência de cobrança de taxa condominial em que o autor figurou como réu. Recurso conhecido; preliminar de ilegitimidade passiva acolhida. Sentença cassada. Sem custas e sem honorários. (Turma Recursal/DF - Ap. Cível n. 20101160013753 - 1a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Rita de Cássia de Cerqueira Lima Rocha - Fonte: DJ, 03.02.2011).

NOTA BONIJURIS: Assim explanou a relatora: “Portanto, a ação deveria ter sido ajuizada contra o Condomínio, pessoa jurídica, representada pelo síndico, e não contra a pessoa física do síndico, exurgindo, assim, a ilegitimidade passiva, a exigir a extinção do processo sem julgamento do mérito.”

Ausência de IDENTIFICAÇÃO do número do registro do LOTE impede o ARQUIVAMENTO de sua TRANSCRIÇÃO no REGISTRO IMOBILIÁRIO

Registro de imóvel - Divergência entre os dados constantes do título judicial e a respectiva transcrição no cartório - Suscitação de dúvida - Cabimento - Princípio da especialidade. Pelo princípio da especialidade, que norteia os registros públicos, há de haver a perfeita individualização de todo o imóvel, assim como a necessidade de sua sintonia descritiva com os registros ou transcrições anteriores. Se o contrato de compra e venda de imóvel não preenche os requisitos previstos na Lei nº 6.015/73, faltando, dentre outras especificações, a identificação do número do registro anterior dos lotes, é vedado ao Oficial do Cartório competente arquivar a sua transcrição no registro imobiliário. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0051.09.026038-4/001 - Bambuí - 6a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Edilson Fernandes - Fonte: DJ, 14.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Citamos a seguinte passagem do voto do relator: “Para que se registre o imóvel junto ao Cartório correspondente, há de haver a perfeita individualização de todo o imóvel que seja objeto de direito real, assim como a necessidade de coincidência descritiva com o registro ou transcrições anteriores, em atenção ao princípio da especialidade inserido no artigo 176, da Lei nº 6.015/73. O fato de não haver registro anterior não isenta o apelante do ônus de satisfazer os requisitos da Lei de Registros Públicos, haja vista que todo IMÓVEL objeto de título a ser registrado deve estar matriculado no Livro competente, obedecido o disposto no art. 176, conforme ressaltado, sendo certo que nenhum registro poderá ser feito sem que o IMÓVEL a que se referir esteja matriculado.”

CONDOMÍNIO deve indenizar FURTO em APARTAMENTO decorrente da ENTRADA de PESSOA desconhecida com AUTORIZAÇÃO do PORTEIRO

Recurso inominado. Ação de reparação por danos materiais e morais. Furto no interior de apartamento. Entrada de pessoas desconhecidas com a autorização do porteiro. Responsabilidade do condomínio configurada. Presença

dos elementos da responsabilidade civil. Dever de indenizar pelos danos materiais suportados. Dano moral - Inocorrência - Ausência de provas - Ônus do autor (art. 333, I do CPC). (TJ/PR - Rec. Inominado n. 2010.0009977-3 - Londrina - T. Rec. Única - maioria - Rel.: Juiz Leo Henrique Furtado Araujo - Fonte: DJ, 08.11.2010).

Existência de BARULHO exagerado em IMÓVEL gera INDENIZAÇÃO por DANO MORAL a VIZINHO

Reparação de danos. Direito de vizinhança. Perturbação do sossego. Barulho exagerado proveniente de produtora de eventos onde funciona oficina de dança e teatro. Contexto probatório que dá verossimilhança às alegações da parte autora. Exegese do art. 333, I, do CPC. Dano moral configurado. Verba indenizatória reduzida. - Invocado na hipótese dos autos o direito de vizinhança, que restou maculado pelo agir da ré, extrapolando ao realizar barulho exagerado durante as atividades de oficina de dança e teatro, inclusive durante a noite, além de algumas festas realizadas no local, atrapalhando consideravelmente o sossego dos ocupantes da casa vizinha, na qual funciona escola de idiomas da autora e via sua atividade inviabilizada pelo barulho. - Contexto probatório que dá verossimilhança às alegações da parte autora, com amparo de prova testemunhal e documental, esta referente a dezenas de “e-mails” de pais dos alunos da escola de idiomas reclamando da perturbação, diversos boletins de ocorrência policial, além de notificações da Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Novo Hamburgo, em virtude da poluição sonora, causando perturbação muito além do mero dissabor. - Depoimento de diretora da ré (fl. 116) admitindo que a Secretaria de Meio Ambiente local sugeriu que não mais fossem efetuados eventos na parte externa. Testemunha trazida pela requerida (fl. 120) e professor que admitiu ter conhecimento de que “...foi a secretaria do meio ambiente que impediu o uso de som na Cia. do Riso...”. - Dano moral configurado na espécie. Verba indenizatória fixada na origem (R\$ 4.650,00) que no caso em liça merece redução para R\$ 2.500,00, atendendo às funções do instituto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e em especial a condição econômica da parte ré, firma individual que litiga sob o amparo da AJG e cuja atividade principal são oficinas voltadas a projetos culturais com crianças e jovens de classes sociais desfavorecidas. (Turmas Recursais/RS - Rec. Cível n. 71002546091 - Novo Hamburgo - 3a. T. Rec. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Heleno Tregnago Saraiva - Fonte: DJ, 13.01.2011).

FACHADA de PRÉDIO são os lados do IMÓVEL, sendo assim possível colocação de ANTENA na parte superior do TELHADO

Direito de vizinhança. Legitimidade da imobiliária. Colocação de antena. Possibilidade. Ausência de vedação na convenção condominial. Manutenção da decisão. - Legitimidade da imobiliária ré. Administradora do condomínio que, no caso dos autos, aplicou a multa pela colocação da antena pelo autor. - Aplicação de multa por colocação de antena (Sky) sobre o telhado do prédio (fl. 17). Inaplicabilidade do art. 20 do Regulamento Interno do condomínio: (“Instalar, nos apartamentos, sem a devida

autorização, aparelhos de ar condicionado, exaustor ou similar na parte de alvenaria ou concreto, da fachada do condomínio”). Ausência de vedação expressa na convenção acostada nas fls. 24/37, quanto à colocação de antenas, acessório comum e facilmente previsível em sede de condomínios. - Fotografias acostadas da fachada do prédio (fls. 15/16). Antena, objeto do litígio, que se mostra na parte superior do telhado (fl. 16), e não na fachada do prédio. Fachada, que é considerada como um dos lados do prédio, em especial o da frente, segundo melhor sinônimo da palavra, o que não é o caso dos autos. - Sentença de procedência do pleito e improcedência do pedido contraposto que se mantém. Aplicação do art. 46 da Lei nº 9.099/95. Negado provimento ao recurso. (*Turmas Recursais/RS - Rec. Cível n. 71002523702 - Alvorada - 1a. T. Rec. Cív. - Rel.: Juiz Heleno Tregnago Saraiva - Fonte: DJ, 12.01.2011*).

IMÓVEL em CONDOMÍNIO pode ter QUOTA PARTE alienada

Agravo de instrumento - Impenhorabilidade - Bem de família - Edificação - Unidades autônomas - Propriedade em condomínio - Penhora sobre a fração do devedor - Possibilidade - Recurso não provido. Possível a penhora da parte do imóvel que não é utilizada como moradia do agravante e de sua família, sem que isto o descaracterize, na medida em que as edificações são autônomas, embora geminadas. Sendo a propriedade imobiliária em condomínio, tal fato, não é obstáculo para a penhorabilidade da cota parte que pertence ao devedor, pois, o fato do imóvel pertencer também a outras pessoas, não significa que seja indivisível no sentido de impossibilitar a venda do bem, de forma que

poderá ser alienado parcialmente e continuar em condomínio. (*TJ/MG - Ag. de Instrumento n. 1.0701.01.000636-2/002 - Uberaba - 15a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. José Affonso da Costa Côrtes - Fonte: 02.02.2011*).

RESPONSABILIDADE do FIADOR permanece mesmo depois do VENCIMENTO do ajuste por PRAZO DETERMINADO

A locação constitui relação jurídica de direito pessoal, sendo irrelevante a discussão acerca do domínio do imóvel. Caracterizada a inadimplência dos locatários, era de rigor a decretação do despejo e o acolhimento do pedido de cobrança. A responsabilidade do fiador pelas obrigações decorrentes da locação subsiste mesmo depois do vencimento do ajuste por prazo determinado, perdurando até a efetiva entrega das chaves, se o contrato não dispuser o contrário. Exegese do art. 39 da Lei 8.245/91. A Lei nº 8.078/90 não se aplica a contrato de locação de imóvel por inexistir na hipótese relação entre fornecedor e consumidor. Tendo em vista que os cálculos apresentados na inicial já apresentavam atualização monetária, o valor da condenação deve ser corrigido a partir da data do ajuizamento da ação. Recurso parcialmente provido, rejeitadas as preliminares. (*TJ/SP - Ap. Cível n. 9090485-49.2007.8.26.0000 - São José do Rio Preto - 34a. Câ. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. Gomes Varjão - Fonte: DJ, 28.01.2011*).

NOTA BONIJURIS: Assim dispõe o art. 39 da Lei 8.245/91: “*Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei.*”

PROCESSO CIVIL

AJUIZAMENTO da AÇÃO PRINCIPAL é CONDITIO SINE QUA NON para o prosseguimento da AÇÃO CAUTELAR e manutenção da LIMINAR concedida

Processo civil. Ação cautelar. Ausência de ajuizamento da ação principal. Extinção. 1. O ajuizamento da ação principal no prazo legal é condição *sine qua non* para o prosseguimento da ação cautelar e, em consequência, para a manutenção da liminar nela concedida. 2. Hipótese dos autos em que restou reconhecida a perda de objeto da medida cautelar diante da homologação da desistência formulada pela parte na ação principal. 3. Apelação provida. Medida Cautelar extinta por perda superveniente de interesse processual. (*TRF/3a. Reg. - Ap. Cível n. 2001.61.05.008766-0/SP - T. C - Ac. unânime - Rel.: Juiz Federal Wilson Zauhy - conv. - Fonte: DJF3, 24.01.2011*).

COMPROVAÇÃO do PREPARO deve ocorrer no momento da INTERPOSIÇÃO do RECURSO

Cumprimento de sentença. Brasil Telecom. Impugnação. Segundo o disposto nos artigos 511, *caput*, e 525, § 1º, do Código de Processo Civil, o

preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto, não servindo como comprovação do pagamento a guia de arrecadação na qual não consta o número do processo na origem, nem há qualquer outra informação que a vincule ao processo originário, porquanto fica inviabilizada a identificação da regularidade do pagamento. Preliminar acolhida. Agravo de instrumento não conhecido. (*TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70040334310 - Porto Alegre - 2a. Câ. Esp. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Marcelo Cezar Muller - j. em 31.01.2011*).

Desnecessidade de INTIMAÇÃO dos demais PROPRIETÁRIOS de IMÓVEL quando a PENHORA recair somente sobre parte do IMÓVEL pertencente ao EXECUTADO

Embargos de terceiro. Extinção sem julgamento do mérito. Penhora. Adjudicação. Nulidade. Inocorrência. Pedido de adjudicação que pode ser feito diretamente ao juízo deprecado. Desnecessidade de intimação pessoal dos demais proprietários do imóvel. Penhora que recai, somente, sobre a parte ideal de 25% pertencente à

executada. Ilegitimidade ativa dos demais apelantes caracterizada. Usufruto preservado. Penhora sobre a nua-propriedade. Direito real não atingido pela constrição judicial e que será preservado com a adjudicação. Recurso desprovido. (TJ/SP - Ap. Cível n. 9172977-64.2008.8.26.0000 - São Carlos - 13a. Câ. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. Cauduro Padin - Fonte: DJ, 16.12.2010).

Inexistência de VÍCIO elencado no ART. 535/ CPC, I e II afasta incidência de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Embargos de declaração. Alegada ilegitimidade passiva. Ausência das hipóteses que autorizam o acolhimento dos embargos. 1. Os Embargos de Declaração não se prestam à rediscussão da matéria debatida no acórdão embargado, se não for constatada a existência de qualquer dos vícios elencados no artigo 535, incisos I e II, do CPC. 2. Recurso que possui finalidade específica no Código de Processo Civil, não se destinando a servir como preparo para outro recurso. 3. Embargos conhecidos e rejeitados. (TJ/CE - *Embs. de Declaração n. 44793529200080600012 - Fortaleza - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Francisco Suenon Bastos Mota - Fonte: DJ, 26.01.2011*).

Ingresso na DEMANDA como TERCEIRO é impossível depois de instaurada a RELAÇÃO PROCESSUAL

1. O litisconsórcio é a presença de dois ou mais sujeitos em um dos pólos da relação jurídica legitimados, em termos gerais, pela conexão entre as demandas. 2. Admite-se a constituição de litisconsórcio sucessivo nos casos de assistência litisconsorcial e chamamento ao processo, o que não é o caso dos autos. 3. O ingresso na demanda, na qualidade de terceiro, quando já instaurada a relação processual é inadmissível por implicar desrespeito aos princípios do juiz natural e da estabilidade da demanda. (TJ/PR - *Ag. de Instrumento n. 0642052-6 - Curitiba - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Arquelau Araujo Ribas - Fonte: DJ, 19.01.2011*).

JUSTIÇA GRATUITA estende-se a ATO EXTRAJUDICIAL relacionado ao PROCESSO JUDICIAL, como pedido de CERTIDÃO no REGISTRO DE IMÓVEIS

Direito processual civil. Justiça gratuita. Usucapião. Atos extrajudiciais relacionados ao processo judicial. Cartório de registro de imóveis. Isenção. Atos necessários ao exercício da cidadania. - A gratuidade da justiça estende-se aos atos extrajudiciais relacionados à efetividade do processo judicial em curso, mesmo em se tratando de registro imobiliário. A isenção contida no art. 3º, II, da Lei n. 1.060/50 estende-se aos valores devidos pela extração de certidões de registro de imóveis, necessárias ao exercício do direito de ação. (TJ/MG - *Ag. de Instrumento n. 1.0514.09.044180-9/001 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. José Flávio de Almeida - Fonte: DJ, 31.01.2011*).

NOTA BONIJURIS: Transcrevemos o seguinte trecho do voto prolatado pelo relator: “O benefício da justiça gratuita

compreende todos os atos até fim do processo. A imposição de pagamento antecipado parcial ou total, ao beneficiário da justiça gratuita, contraria o princípio fundamental do amplo acesso ao judiciário (Devido processo legal, contraditório e ampla defesa).”

Possibilidade de PENHORA ONLINE sem que exista a COMPROVAÇÃO do esgotamento de meios de PENHORA de outros BENS

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora. 2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n. 11.382/2006. 3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema Bacen-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei, é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie. 5. No caso em apreço, o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados. 6. Como o pedido foi realizado dentro do período de vigência da Lei n. 11.382/2006, aplica-se o segundo entendimento. 7. Recurso especial provido” (REsp. nº 1.101.288/RS, 1a. Turma, Rel.: Min. Benedito Gonçalves, DJe de 29.04.2009). (grifei) Assim, considerando que a decisão agravada foi proferida após o advento da Lei nº 11.382/2006, mostra-se desnecessário o exaurimento das buscas de outros bens passíveis de penhora, sendo perfeitamente viável a penhora *online*. 3. Por tais fundamentos, e com base em jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, para o fim de reconhecer a possibilidade de penhora *online* sem que seja necessária a comprovação do esgotamento dos meios de penhorar outros bens dos agravados. (TJ/PR - *Ag. de Instrumento n. 0738777-1 - Campina Grande do Sul - 16a. Câ. Civ. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Maria Mercis Gomes Aniceto - Fonte: DJ, 31.01.2011*).

NOTA BONIJURIS: Art. 557/CPC, § 1º: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

Aplica-se o PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ao DELITO de DESCAMINHO quando o VALOR do TRIBUTO elidido é inferior a R\$ 10.000,00

Penal. Descaminho. Princípio da insignificância.

- O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça orientam-se no sentido da aplicação do princípio da insignificância nos delitos da espécie quando o valor do tributo elidido não ultrapasse o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. - Recurso desprovido. (TRF/3a. Reg. - Ap. Criminal n. 2008.60.05.000014-5/MS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Peixoto Junior - Fonte: DJF3, 10.02.2011).

CRIME de LESÃO CORPORAL LEVE praticado sob a égide da LEIMARIA DA PENHA necessita de REPRESENTAÇÃO da VÍTIMA

Habeas corpus. Lesão corporal leve. Lei Maria da Penha. Natureza da ação penal. Representação da vítima. Necessidade. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, interpretando a Lei nº 11.340/06, concluiu que a Lei Maria da Penha não alterou a natureza da ação penal por crime de lesões corporais leves, que continua sendo pública condicionada à representação da vítima. 2. No julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.097.042/DF - representativo da controvérsia -, acentuou-se que reconhecer a incondicionalidade da ação quanto aos delitos de lesão corporal simples significaria retirar da vítima o direito de relacionar-se com o parceiro escolhido, ainda que considerado ofensor. 3. Ressalvado meu ponto de vista, acompanho a orientação desta Corte de que a representação é imprescindível para o prosseguimento da ação penal no crime em comento. 4. O art. 16 da Lei Maria da Penha determina que deverá ser designada uma audiência, antes do recebimento da denúncia, na qual será admitida renúncia da vítima em casos de ação penal pública condicionada à representação. 5. Não foi observado o rito do art. 16 da Lei Maria da Penha que dá à vítima a oportunidade de renunciar ao direito de representação. Tendo a ação penal prosseguido sem a sua vontade, caracteriza-se, assim, a nulidade processual alegada pelo impetrante. 6. Ordem concedida para determinar a nulidade do processo desde a fase do art. 16 da Lei nº 11.340/06, a fim de que a audiência preliminar prevista no referido artigo seja realizada, para que possa a vítima, caso deseje, exercer seu direito de renúncia à representação. (STJ - Habeas Corpus n. 175.315/PE - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Og Fernandes - Fonte: DJe, 01.02.2011).

Deve haver COMPROVAÇÃO de FALSIDADE de ATESTADO MÉDICO para constatação da MATERIALIDADE do CRIME de FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO

Penal. Falsificação de documento. Atestado

médico. Ausência de prova da falsidade. Ônus da acusação. Absolvição. Ré denunciada por ter apresentado atestado médico materialmente falso em juízo, para fins de remarcação de audiência em outra ação na qual também era ré. Sentença absolutória sob o fundamento de que o atestado médico foi juntado pela própria acusada, o que invalidaria a prova em face do princípio da não autoincriminação. Irregularidade da prova afastada, visto que o documento original foi juntado em face da determinação judicial para que se cumprisse a norma legal de que os documentos anteriormente enviados via fax devem ser juntados posteriormente em sua via original. A condição de médica da ré permite automedicar-se e, inclusive, atestar sua incapacidade. A demonstração de eventual falsidade no teor do atestado médico exige a prova de que ela não estava doente na data indicada do documento. Ausente essa prova, que incumbe à acusação, não há fundamento para a condenação. O fato da ré ter firmado o Atestado Médico ao tempo em que estava com seu registro suspenso perante o respectivo conselho de classe pode configurar, em tese, infração ética, mas não se enquadra no crime de falsificação de documento, como imputado na denúncia, e, como corolário, no tipo de uso de documento falso. Absolvição mantida, por fundamento diverso. (TRF/4a. Reg. - Ap. Criminal n. 2007.70.07.002212-1/PR - 7a. T. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Federal Márcio Antônio Rocha - Fonte: DE, 21.01.2011).

DURAÇÃO da MEDIDA DE SEGURANÇA não deve ultrapassar o LIMITE MÁXIMO da PENA abstratamente cominada ao CRIME praticado

Habeas corpus. Art. 129, *caput*, do CP. Execução penal. Medida de segurança. Limite de duração. Pena máxima cominada em abstrato ao delito cometido. Princípios da isonomia e da proporcionalidade. 1. Prevalece, na Sexta Turma desta Corte, a compreensão de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 2. Nas hipóteses em que a periculosidade do agente persiste, a questão passa a ser de saúde pública, cabendo ao Estado fornecer a ele condições de tratamento adequado. 3. No caso, portanto, estando o paciente cumprindo medida de segurança em hospital de custódia e tratamento pela prática do delito do art. 129, *caput*, do Código Penal, desde 18.4.1991, não deveria lá permanecer até a presente data. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau que declarou extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente. (STJ - Habeas Corpus n. 139.105/RS - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Og Fernandes - Fonte: DJe, 01.02.2011).

INCONSTITUCIONAL a PENA de MULTA atribuída ao CRIME de ATIVIDADE CLANDESTINA de RADIODIFUSÃO

Penal. Processual penal. Radiodifusão. Art. 183 da Lei 9.472/97. Inconstitucionalidade da pena de multa. Afronta ao princípio constitucional da individualização. Dosimetria da pena. 1. Inconstitucionalidade da pena de multa, fixada no art. 183 da Lei 9.472/97 (R\$ 10.000,00 - dez mil reais) reconhecida pela Corte Especial deste Tribunal. 2. Apelação parcialmente provida. (TRF/1a. Reg. - Ap. Criminal n. 0006263-38.2005.4.01.4000/PI - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Federal Tourinho Neto - Fonte: e-DJF1, 25.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Lei n. 9472/97: “Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.”

Em CRIME SOCIETÁRIO é necessário estabelecer VINCULAÇÃO da CONDUTA INDIVIDUAL de cada AGENTE com o DELITO, sob pena de INÉPCIA da DENÚNCIA

Processual penal. Recurso criminal. Crime contra a ordem tributária (CP, art. 1º, Lei n. 8.137/90). Crime societário. Denúncia. Conduta. Evento delituoso. Vinculação. Ausência. Inépcia da peça acusatória. 1. Nos crimes societários não basta a mera qualificação de “sócio-responsável” ou “sócio-representante” para, por si só, fundamentar um juízo de delibação. É necessário estabelecer a vinculação da conduta individual de cada agente ao evento delituoso, o que, caso contrário, acarretará a inépcia da denúncia, em face do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício pleno da ampla defesa. 2. Recurso criminal improvido. (TRF/1a. Reg. - Rec. em Sentido Estrito n. 2007.38.00.004629-8/MG - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro - Fonte: e-DJF1, 20.01.2011).

PARTICIPAÇÃO do JUIZ sentenciante no JULGAMENTO da APELAÇÃO configura NULIDADE

Processual penal. Impedimento. Juiz

sentenciante. Julgamento. Apelação. Participação como convocado. Nulidade. Existência. 1 - Se o juiz que condenou o réu participa do julgamento da apelação, onde, por unanimidade, foi confirmado o édito de primeiro grau, há violação ao art. 252, III do Código de Processo Penal, que prevê regra de impedimento, rendendo ensejo à decretação de nulidade do acórdão respectivo, por infração à lei processual e, em última ratio, à própria imparcialidade, garantia constitucional visada pelo dispositivo. 2 - Ordem concedida para anular o acórdão da apelação. (STJ - Habeas Corpus n. 172.009/SP - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura - Fonte: DJe, 17.12.2010).

NOTA BONIJURIS: Eis a redação do citado artigo do Código de Processo Penal: “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: (...) III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;”

PORTE de ARMA DE FOGO sem MUNIÇÃO não apresenta RISCO à INCOLUMIDADE PÚBLICA

Direito penal. Habeas corpus. Porte de arma. Art. 16, caput, da Lei 10.826/03. Arma com numeração raspada. Artefato desmuniçado. Bem jurídico tutelado. Afetação. Ausência. 1. Não sendo o paciente denunciado nem condenado pela figura do parágrafo único, inciso IV, do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não se deve sustentar a tipicidade, invocando-se a circunstância de se tratar de arma com numeração raspada, encontrando-se o artefato desmuniçado. 2. Diante do princípio da ofensividade, não há falar em comportamento típico quando inexistente afetação do valor objeto de tutela. In casu, o paciente foi flagrado portando arma de uso restrito sem munição, ausente, portanto, qualquer risco para a incolumidade pública. 3. Ordem concedida para, revogando o trânsito em julgado, trancar a ação penal n. 630/05, da 6a. Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP. (STJ - Habeas Corpus n. 109.170/SP - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura - Fonte: DJe, 01.02.2011).

TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO

Ausente PROVA de INSCRIÇÃO da EMPRESA no PAT o AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO é utilizado na BASE DE CÁLCULO do FGTS

Auxílio-alimentação. Ausência de prova da inscrição da empresa no PAT. Inclusão na base de cálculo do FGTS. Ante a natureza salarial do auxílio-alimentação, deve essa parcela integrar a base de cálculo do FGTS. (TRT/12a. Reg. - Ag. de Petição n. 00355-2007-004-12-85-6 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Águeda Maria Lavorato Pereira - Fonte: DEJT, 16.11.10).

Cabimento de INDENIZAÇÃO por DANO MATERIAL e MORAL por ACIDENTE DE TRABALHO quando a situação de SAÚDE do EMPREGADO se agravou em razão do LABOR

Danos materiais e morais - comprovação - indenização - deferimento. A legislação previdenciária acolhe a teoria da concausa, dispondo no artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.213/1991, que se equipara também ao acidente de trabalho “o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para

a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação”. Portanto, restando demonstrado que as atividades desenvolvidas pelo reclamante na empresa reclamada contribuíram para o agravamento das patologias da coluna (hérnia de disco, artrose, etc), caracterizado está o nexo de concausalidade. Assim, deve-se conceder ao obreiro as indenizações de acordo com os danos materiais e morais sofridos. 2. Honorários advocatícios. A verba honorária é hodiernamente devida em decorrência da revogação dos arts. 14 e 16 da Lei nº 5.584/70, que conferiam supedâneo legal às Súmulas 219 e 329, restando superada, neste particular, a jurisprudência sumulada do c. TST. Assim, hoje no campo justralista é bastante para a concessão de honorários tão-somente a existência de sucumbência e ser o trabalhador beneficiário da Justiça Gratuita. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. (TRT/7a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0200100-74.2008.5.07.0032 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. José Antonio Parente da Silva - Fonte: DEJT, 07.12.2010).

CONVERSÃO de dez dias de FÉRIAS em pecúnia sem REQUERIMENTO EXPRESSO do EMPREGADO é ILEGAL

Férias. Abono pecuniário. Inexistência de requerimento do empregado. Pagamento da dobra. O artigo 143 da CLT faculta a conversão de um terço do período de férias em pecúnia, exigindo para tanto requerimento expresso do empregado, o qual deve refletir a real vontade do trabalhador. Comprovado nos autos que a política da empresa é concessão de apenas vinte dias de férias com a automática conversão de dez dias em abono pecuniário, independentemente da manifestação da vontade do trabalhador, há afronta à regra protetiva inserta na CLT. Por conseguinte, faz jus o reclamante à indenização dos dez dias de férias não usufruídos a cada período, com um terço, devida de forma simples para completar a dobra legal, em consonância com o artigo 137 da CLT. (TRT/9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 05082-2008-010-09-00-2 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Márcia Domingues - Fonte: DEJT, 28.01.2011).

Devida a INDENIZAÇÃO por ACIDENTE DE TRABALHO em razão da NEGLIGÊNCIA da EMPRESA com as normas de SEGURANÇA DO TRABALHO

Acidente do trabalho. Indenização por danos morais. Hipótese em que o contexto fático-probatório dos autos demonstra que a reclamada não diligenciou de forma eficaz para evitar o acidente do trabalho ocorrido, conforme previsão expressa no art. 157, inciso I, da CLT, considerando os riscos existentes na atividade desempenhada pelo reclamante em seu proveito naquela ocasião. Responsabilidade civil caracterizada. Devida a indenização por danos morais. Recurso ordinário da reclamada desprovido, no tópico. (TRT/4a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0000098-75.2010.5.04.0461 - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Flávia Lorena Pacheco - Fonte: DEJT, 28.01.2011).

NOTA BONIJURIS: O art. 157, inciso I, da CLT dispõe que “Cabe às empresas: cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”.

EMPREGADO AUXILIAR e ESCRIVENTE de CARTÓRIO possuem REGIME JURÍDICO CELETISTA

Recurso de revista. Empregados auxiliares e escreventes de cartório. Regime jurídico celetista. Artigo 236 da Constituição Federal de 1988. Norma auto aplicável. A jurisprudência majoritária desta Corte superior é de que os empregados de cartório estão sujeitos ao regime jurídico da CLT, ainda que contratados em período anterior à vigência da Lei nº 8.935/94. A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, ficou implicitamente determinado, em seu artigo 236, que os trabalhadores contratados pelos cartórios extrajudiciais, para fins de prestação de serviços, encontram-se sujeitos ao regime jurídico da CLT, pois mantêm vínculo profissional diretamente com o tabelião, e não com o Estado. Esse preceito constitucional, por ser de eficácia plena e, portanto, auto aplicável, dispensa regulamentação por lei ordinária. Logo, reconhece-se, na hipótese, a natureza trabalhista da relação firmada entre as partes, também no período por ele trabalhado sob o errôneo rótulo de servidor estatutário (de 08/03/1994 a 30/10/2004), e a unicidade de seu contrato de trabalho desde a data da admissão do autor, em 1º/09/1992, até a data de sua dispensa sem justa causa, em 05/12/2005. (TST - Rec. de Revista n. 10800-53.2006.5.12.0023 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. José Roberto Freire Pimenta - Fonte: DEJT, 11.02.2011).

ENTE PÚBLICO possui RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ainda que a CONTRATAÇÃO de COOPERATIVA ocorra por meio de LICITAÇÃO

Responsabilidade subsidiária. Beneficiado o Ente Público com a força de trabalho despendida pelo trabalhador, deve responder de forma subsidiária, ainda que a contratação da cooperativa tenha sido precedida de processo licitatório. Inteligência da Súmula nº 331 do TST. Recurso ordinário conhecido e improvido. (TRT/7a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0041700-31.2009.5.07.0030 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. José Antonio Parente da Silva - Fonte: DEJT, 07.12.2010).

Indevida a EQUIPARAÇÃO com FUNCIONÁRIO em PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA estando ausentes provas de igualdade de condições

Programa de demissão voluntária - Prova das condições - Isonomia - Indenização indevida. Não comprovado pelo autor que o programa de demissão voluntária da reclamada estivesse em vigor para o seu estabelecimento de trabalho e que preenchia os requisitos exigidos pelo referido programa para a rescisão contratual incentivada, verifica-se indevida a indenização buscada com base na equiparação com outro empregado que recebeu referida parcela, eis que não comprovada a identidade de condições. Recurso obreiro que se nega provimento no particular. (TRT/9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 04971-2008-670-09-00-5 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Sergio Murilo Rodrigues Lemos - Fonte: DEJT, 28.01.2011).

Inexiste ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA quando o ACIDENTE DE TRABALHO ocorre na vigência de CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Acidente do trabalho - contrato de experiência - estabilidade acidentária - inexistente. Ao firmar o contrato de experiência (modalidade de contrato por prazo determinado) o reclamante já sabia, antecipadamente, a data de sua extinção. Mesmo que ocorresse um fato superveniente, como eventual acidente de trabalho, esta circunstância não teria o condão de se sobrepor ao limite do contrato e assegurar a manutenção do emprego. Conclui-se, portanto, que o empregado dispensado em razão do término de contrato por prazo determinado, não tem direito à estabilidade provisória de que trata o art. 118, "caput", da Lei 8.213/91. Recurso do reclamante a que se nega provimento. (TRT/9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01568-2009-014-09-00-8 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Sergio Murilo Rodrigues Lemos - Fonte: DEJT, 28.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Transcrevemos trecho do voto do relator: "O contrato de experiência é modalidade de ajuste a termo, de curta duração, que tem como objetivo primordial propiciar às partes contratantes a possibilidade de efetuar uma avaliação subjetiva recíproca. Tal faculdade legal visa possibilitar tanto ao empregador verificar as aptidões técnicas e o comportamento do empregado, bem como a este analisar as condições de trabalho a que estará submetido."

Inocorrência de PREVISÃO LEGAL que preveja NATUREZA INDENIZATÓRIA da parcela enseja a CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Contribuição previdenciária. Incidência. Ajuda-alimentação. As parcelas pagas em juízo não podem ser classificadas segundo o alvedrio das partes. Ao revés, devem guardar harmonia com os pedidos lançados na inicial e submeter-se aos ditames da lei, que determina a incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas de natureza salarial, tratando-se de bem público cuja administração é incumbida à autarquia recorrente. O art. 28, inciso I, da Lei 8.212/91 elenca a ajuda-alimentação como salário de contribuição, exceto nas hipóteses de integração ao PAT e na hipótese de existir instrumento normativo prevendo a natureza indenizatória da parcela. Sem a comprovação de que a norma coletiva prevê a natureza indenizatória da parcela, sobre esta deve incidir a contribuição previdenciária, não podendo as partes alterar as disposições legais. (TRT/3a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0109500-86.2009.5.03.0095 - 2a. T - Ac. unânime - Rel.: Juiz Orlando Tadeu de Alcântara - conv. - Fonte: DEJT, 28.01.2011).

Não ocorre SUSPEIÇÃO de TESTEMUNHA pelo simples fato de estar litigando contra o mesmo EMPREGADOR

Cerceamento de defesa. Testemunha. Ação contra a mesma empresa. Troca de favores. Fere o princípio da boa-fé e enseja o acolhimento da preliminar de nulidade do processado, por cerceamento do direito de defesa, o acolhimento de contradita à testemunha sob o fundamento de que estaria havendo troca de

favores por demandar em juízo contra a mesma empresa. O TST, sobre a matéria, expressa o seu entendimento consubstanciado na Súmula n.º 357 do e. TST, segundo o qual "Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador." (TRT/12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 03764-2009-027-12-00-7 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Gracio Ricardo Barboza Petrone - Fonte: DEJT, 07.02.2011).

PAGAMENTO de ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é devido em LIMPEZA DE SANITÁRIO PÚBLICO

Adicional de insalubridade - Limpeza de sanitários públicos - Exposição a agentes biológicos - Riscos à saúde. A OJ 4, II, da SBDI-1/TST consubstancia o entendimento de que é indevido o adicional de insalubridade quando se trata de limpeza em residência e escritórios e a respectiva coleta de lixo. Outra é a hipótese em que a atividade da obreira consiste na higienização de sanitários e dependências de terminal rodoviário em que há intensa circulação de pessoas, com evidente exposição do organismo aos agentes biológicos nocivos à saúde, o que leva à caracterização da insalubridade na execução do labor e comporta a interpretação de modo a estender a proteção normativa do Anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, mormente em se considerando que a saúde do trabalhador recebe especial proteção no art. 7º, XXII, da Constituição. (TRT/3a. Reg. - Rec. Ordinário. n. 0000023-11.2010.5.03.0058 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Jessé Cláudio Franco de Alencar - conv. - Fonte: DEJT, 24.01.2011).

PENHORA em DINHEIRO não pode extrapolar VALOR da CONDENAÇÃO para atender outra EXECUÇÃO

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Cabimento. Excesso de penhora. Ilegalidade. Na esteira da jurisprudência da Eg. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, é cabível mandado de segurança com o escopo de possibilitar a verificação de teratologia do ato judicial e, posteriormente, a eventual existência de direito líquido e certo da impetrante. Na hipótese dos autos, a autoridade coatora, após proceder à penhora *on line* das contas da executada, ora impetrante, determinou a transferência do numerário excedente ao valor da condenação para a satisfação de outras execuções pendentes nas Varas do Trabalho de Vitória/ES. Não obstante o ato impugnado comportar agravo de petição, na forma do artigo 897, *a*, da CLT, é indene de dúvidas que tal remédio jurídico não se revelaria eficaz para proteger o direito líquido e certo em ter penhorado seus bens no limite da execução por quantia certa, não sendo a executada compelida a garantir em um processo execuções trabalhistas que correm em outros juízos. Precedente desta Eg. Subseção. (TST - Rec. Ordinário em Mand. de Segurança n. 42500-73.2009.5.17.0000 - SBDI-2 - Ac. unânime - Rel.: Min. Emmanoel Pereira - Fonte: DEJT, 11.02.2011).

COOPERATIVA MÉDICA sem FINS LUCRATIVOS pode manter FARMÁCIA para FORNECIMENTO de MEDICAMENTO a COOPERADO

Administrativo. Farmácia. Cooperativa médica sem fins lucrativos. Inaplicabilidade do art. 16, “g”, do Decreto n. 20.931/32. Precedentes. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a vedação prevista no art. 16, alínea ‘g’, do Decreto n. 20.931D 32 não abrange as cooperativas médicas sem fins lucrativos que dispõem de farmácia destinada a fornecer medicamentos a seus cooperados, a preço de custo. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1.217.139/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 14.02.2011).

NOTA BONIJURIS: Decreto 20.931/32: “Art. 16 É vedado ao médico: (...) g) fazer parte, quando exerça a clínica, de empresa que explore a indústria farmacêutica ou seu comércio. Aos médicos autores de fórmulas de especialidades farmacêuticas, serão, porém, assegurados os respectivos direitos, embora não as possam explorar comercialmente, desde que exerçam a clínica;”

INADIMPLEMENTO de TARIFA autoriza ao CONCESSIONÁRIO o CORTE no ABASTECIMENTO de água em RESIDÊNCIA

Mandado de segurança. Água. Fornecimento. Corte. Art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei 8.987/95. Legalidade. É lícito ao concessionário de serviço público interromper, após aviso prévio, o fornecimento de água ao usuário que deixa de pagar as contas de consumo. Direito líquido e certo inexistente. Hipótese em que o impetrante, condomínio com 32 (trinta e duas) famílias, não efetua o pagamento da tarifa desde 2.006. Apelação não provida. (TJ/SP - Ap. Cível n. 0040671-74.2009.8.26.0576 - São José do Rio Preto - 36a. Câm. Dir. Priv. - Ac. unânime - Rel.: Des. Romeu Ricupero - Fonte: DJ, 28.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Retiramos a seguinte lição do voto do relator: “Não é o mandado de segurança ação adequada para discutir defeitos de infraestrutura e cobrança excessiva.”

Inaplicabilidade da TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL em se tratando de fornecimento de MEDICAMENTO

Medicamentos Fornecimento. Fornecimento de medicamentos para portadora de hipotireoidismo, hipertensão, pré-diabetes e com sintomas de obesidade. Admissibilidade: Dever do Estado que se constata de plano, em face do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal e 219 da Estadual. Concessão da segurança mantida. Ilegitimidade “Ad Causam” - Município que se exime do fornecimento dos medicamentos e atribui ao Estado a responsabilidade pela entrega. Não ocorrência: Deveres tanto do Município quanto do Estado que decorrem da responsabilidade comum entre entes de direito público, em face do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal e 219 da Estadual - Preliminar rejeitada - Sentença

mantida. Mandado de segurança - Direito líquido e certo - Ausência alegada pela Fazenda Municipal. Comprovação: A impetrante comprova de plano pela documentação, declaração e receituário médicos juntados o seu direito líquido e certo à Saúde, que é amparado constitucionalmente. Sentença mantida. Teoria da reserva do possível - Exclusão de responsabilidade Municipal e Estatal. Inaplicabilidade: Teoria oriunda de país com realidade sócio-econômica que difere da realidade nacional e por isso é inaplicável quando se visa preservação do direito à vida e à saúde. (TJ/SP - Ap. Cível n. 0005566-49.2010.8.26.0625 - Taubaté - 6a. Câm. Dir. Púb. - Ac. unânime - Rel.: Des. Israel Góes dos Anjos - Fonte: DJ, 28.01.2011).

Inexiste PRETERIÇÃO de ORDEM CLASSIFICATÓRIA quando CANDIDATO com CLASSIFICAÇÃO inferior é NOMEADO em cumprimento de DECISÃO JUDICIAL

Administrativo. Concurso público. Ordem classificatória. Preterição. Não ocorrência. Candidato com classificação inferior nomeado em cumprimento de ordem judicial. Aplicação da Súmula 182/STJ. Agravo desprovido. I - Consoante entendimento desta Corte, não há que se falar em preterição da ordem classificatória em concurso público, se o ato administrativo que convocou outros candidatos - com classificação inferior - ocorre por força de decisão judicial. Precedentes. II - “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Súmula n. 182-STJ). III - Agravo interno desprovido. (STJ - Ag. Regimental no Recurso em Mand. de Segurança n. 30.649/PI - 5a. T. - Ac. unânime - Rel. Min. Gilson Dipp - Fonte: DJe, 17.12.2010).

PRERROGATIVA do ADVOGADO não afasta OBEDIÊNCIA à NORMA GERAL aplicável a todos

Direito constitucional - Advogado - Tratamento em repartição pública - Aplicabilidade do princípio da igualdade (art. 5º da CF/88). 1. Aos advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil e devidamente habilitados ao exercício profissional, cabem os direitos e as prerrogativas previstas na legislação em vigor, em especial na Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia. 2. Contudo, isso não afasta a obediência a normas gerais aplicáveis a todos (público em geral), como horários, locais, e procedimentos internos da Administração Pública, quando estes se coadunam com o propósito do atendimento e que dispensam a obrigatoriedade de sua regulamentação por lei específica. (TRF/3a. Reg. - Ap. em Mand. de Segurança n. 2007.61.19.006168-2/SP - 6a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Des. Federal Mairan Maia - Fonte: DJF3, 09.02.2011).

Revelação de VOTO em VOTAÇÃO SECRETA viola o REGIMENTO INTERNO da CÂMARA MUNICIPAL e acarreta NULIDADE do ATO

Direito administrativo. Mandado de segurança.

Votação secreta na câmara municipal. Necessidade de observância do regimento interno. Havendo previsão no Regimento Interno da Câmara Municipal de Guarapuava de que a matéria orçamentária deve ser apreciada por votação secreta, a revelação da intenção de voto, nesses casos, gera o descumprimento de formalidade essencial e a nulidade do ato. 2) Sentença reformada em reexame necessário, denegando-se a segurança. (TJ/PR - Reex. Necessário n. 0706976-7 - Guarapuava - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Leonel Cunha - Fonte: DJ, 01.02.2011).

NOTA BONIJURIS: Citamos passagem do voto do relator: “No presente caso, o voto do Impetrante, na qualidade de vereador do Município de Guarapuava, durante a sessão de aprovação do Orçamento de 2009 foi aberto, quando, em conformidade com a previsão do Regimento da Casa, deveria ser fechado para esse tipo de matéria. E, se o Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Guarapuava prevê expressamente votação secreta para aprovação ou rejeição do Orçamento do Município, a votação aberta, nesse caso, configura, conforme ressaltado pelo Juízo a quo quando do indeferimento da liminar, ‘falta de formalidade essencial ao ato’”.

SERVIDOR PÚBLICO não possui DIREITO ADQUIRIDO ao REGIME de REMUNERAÇÃO

Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo. Processo civil. Mandado de segurança. Existência de prova pré-constituída do direito líquido e certo do impetrante. Aplicação da Súmula 7/STJ. Servidor público federal. Lei 10.475/02. Redução de vencimentos e proventos. Impossibilidade. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, resguardada a irredutibilidade de vencimentos e proventos, não possuem os servidores públicos direito adquirido a regime de remuneração. 2. A reforma do julgado, nos

moldes propostos pela recorrente, não está adstrita à interpretação da legislação federal, mas, sim, ao exame de matéria fático-probatória, cuja análise é afeta às instâncias ordinárias. Incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 946.069/RS - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura - Fonte: DJ, 17.12.2010).

SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO sujeita-se ao REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO

Apelação cível. Servidor público. Ação ordinária. Servidor temporário. Auxiliar de serviços escolares. Servente. Extinção do contrato emergencial por força da declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual que o autorizava. Lei-RS nº 11.478/2000. Danos Morais. 1. Verbas rescisórias. Os servidores temporários, contratados em caráter emergencial, sujeitam-se ao regime jurídico estatutário, porque o vínculo formado com a Administração Pública é de natureza administrativa, não se lhes aplicando as normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Dessa forma, inviável a condenação do poder público estadual ao pagamento de verbas rescisórias em decorrência da extinção do contrato de trabalho. 2. Danos morais. Ausente demonstração do efetivo abalo sofrido diante da extinção do vínculo firmado entre a servidora temporária e o ente estadual, especialmente em decorrência do agir ter sido proveniente da declaração de inconstitucionalidade da normativa que amparava a contratação emergencial, inexistente suporte à reparação por danos morais. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70040060691 - Porto Alegre - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Rogério Gesta Leal - Fonte: DJ, 10.01.2011).

TRIBUTÁRIO

Cabe RESTITUIÇÃO do TRIBUTO cobrado de SERVIDOR PÚBLICO INATIVO e de PENSIONISTA entre dezembro de 1998 e dezembro de 2003

Apelações cíveis. Direito previdenciário. Servidor público inativo civil. Contribuição previdenciária. No período compreendido entre a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 até a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 estava vedada a tributação de inativos e pensionistas, sendo indevidos descontos a título de contribuição previdenciária, cabendo a sua restituição. Juros moratórios. Os juros legais de mora incidem a partir do trânsito em julgado da sentença, conforme Súmula 188 do STJ, sendo de 12% pois a contribuição previdenciária possui natureza tributária, devendo ser observado o disposto no artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional. Honorários. Honorários fixados em 5% sobre o valor da condenação, que se afigura razoável dada a natureza da lide, de cunho repetitivo, sem maior complexidade, que não demandou dilação probatória, observado o art. 20 § 4º, do Código de Processo Civil e ainda

a jurisprudência desta Corte. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70038276150 - Porto Alegre - 3a. Câ. Esp. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Desa. Angela Maria Silveira - Fonte: DJ, 11.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Súmula 188/STJ: “Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA deve ter CÁLCULO baseado na VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA decorrente da OBRA PÚBLICA

Contribuição de melhoria. Decreto-Lei nº 195/67. Fato gerador. Valorização do imóvel. Prescrição. 1. O só fato da obra pública não dá ensejo à cobrança de melhoria. O fato gerador consiste na valorização imobiliária dela decorrente. Ilegalidade da instituição do custo da obra como base de cálculo do tributo. Violação ao Decreto-Lei 167/67, que foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. Hipótese em que o tributo não foi calculado tendo em conta a *plus valia*. Precedentes do STJ. 2. O termo inicial da prescrição da ação de repetição de indébito do crédito tributário flui a partir da extinção

pelo pagamento, nos termos do art. 156, inciso I, do CTN. Precedentes do STJ. Art. 168 do CTN. Em caso de parcelamento, a prescrição flui a contar do pagamento de cada parcela. Jurisprudência do STJ. Negado seguimento ao recurso. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70040309635 - Guaporé - 22a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza - Fonte: DJ, 07.01.2011).

DECLARAÇÃO do CONTRIBUINTE afasta a necessidade de constituição formal do CRÉDITO e enseja a imediata inscrição em DÍVIDA ATIVA

Tributário. Execução fiscal. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Decadência. Termos inicial e final. Termo de confissão espontânea de dívida. Constituição do crédito tributário. Súmula 83/STJ. 1. É entendimento desta Corte Superior que a declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. 2. Ressalte-se que o enunciado da Súmula 83/STJ aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Ag. de Instrumento n. 1338384/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel. Min.: Humberto Martins - Fonte: DJe, 14.12.2010).

Incide CPMF sobre MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA de SOCIEDADE COOPERATIVA

Agravo regimental em recurso extraordinário. Tributário. CPMF. Incidência sobre a movimentação financeira de sociedades cooperativas. Possibilidade. I - O fato de a Constituição determinar que seja estabelecido adequado tratamento tributário ao ato cooperativo não veda a incidência de CPMF sobre as movimentações financeiras efetuadas pelas sociedades cooperativas. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (STF - Ag. Regimental no Rec. Extraordinário n. 437776/MG - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Ricardo Lewandowski - Fonte: DJe, 01.02.2011).

ISS incide sobre a RECEITA BRUTA dos serviços de REGISTRO PÚBLICO, CARTORÁRIO e NOTARIAL

Agravo de instrumento. Direito tributário. ISS. Serviços de registros públicos, cartorários e notariais. ISS. Base de cálculo. Receita bruta. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, não são prestados pessoalmente pelos agentes delegados, que antes contam, via de regra, com uma equipe de funcionários (escreventes, auxiliares, etc.) para o desempenho de suas funções. Desse modo, não há como olvidar da feição empresarial que assumem tais serviços, justificando-se, por conseguinte, a tributação sobre a receita bruta, conforme pretendido pelo Município. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento desprovido. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70040548083 - Getúlio Vargas - 1a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Luiz Felipe Silveira Difini - Fonte: DJ, 14.01.2011).

Possibilidade de aplicação da TAXA SELIC em DÉBITO TRIBUTÁRIO

Execução fiscal. Embargos. ICMS declarado e não pago. Prescinde-se de procedimento administrativo, notificação ou perícia (Enunciado CADIP 01 e Súmula 26 do TJ). Não há falar em nulidade da CDA, título líquido e certo. Inicial preenche todos os requisitos legais. Alíquota. Multa moratória cabível sem redução. Juros moratórios e correção monetária. A partir de 199\$, parcelas substituídas pela SELIC. Legal a aplicação da taxa SELIC sobre débitos tributários (Enunciado CADIP 02 e Súmula 27 do TJ). Honorários mantidos, observados parâmetros legais. Recurso não provido. (TJ/SP - Ap. Cível. n. 0042231-71.1997.8.26.0576 - São José do Rio Preto - 6a. Câ. Dir. Púb. - Ac. unânime - Rel.: Des. Evaristo dos Santos - Fonte: DJ, 28.01.2011).

NOTA BONIJURIS: Súmula 27 do TJ/SP "É constitucional e legal a aplicação da taxa SELIC como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária."

Somente CONTRIBUINTE DE DIREITO possui LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM para requerer judicialmente a RESTITUIÇÃO de INDÉBITO referente a TRIBUTO INDIRETO

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. ICMS. Energia elétrica. Imposto indireto. Legitimidade ativa ad causam. Contribuinte de direito. Alteração da jurisprudência a partir do julgamento do RESP 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC. 1. A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC, ficou decidido que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos. 2. Nas operações internas com energia elétrica, o contribuinte é aquele que a fornece ou promove a sua circulação (definição disposta no art. 4º, caput, da Lei Complementar 87/1996). 3. Diante disso, não é possível enquadrar o consumidor final na descrição legal de contribuinte de direito para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - Ag. Regimental no Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1086196/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJe, 17.12.2010).

SUJEITO ATIVO do ICMS incidente sobre operações de IMPORTAÇÃO de MERCADORIA é o ESTADO em que se localiza o DESTINATÁRIO JURÍDICO do BEM

Tributário. Agravo regimental em recurso extraordinário. ICMS. Importação. Desembarço aduaneiro. Sujeito ativo. Estado do destinatário jurídico do bem. Súmula STF 279. 1. Segundo orientação firmada por esta Corte, o sujeito ativo do ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias é o Estado-membro em que localizado o destinatário jurídico do bem. 2. Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - Ag. Regimental no Rec. Extraordinário n. 589602/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Ellen Gracie - Fonte: DJe, 07.02.2011).

Alteração do VALOR do SAQUE da CONTA do FGTS em decorrência de DESASTRE NATURAL

DECRETO Nº 7.428, DE 14 DE JANEIRO DE 2011

Dá nova redação ao art. 4º do Decreto nº 5.113, de 22 de junho de 2004, que regulamenta o art. 20, inciso XVI, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na alínea “c” do inciso XVI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990,

DECRETA:

Art. 1º O art. 4º do Decreto no 5.113, de 22 de junho de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º O valor do saque será equivalente ao saldo existente na conta vinculada, na data da solicitação, limitado à quantia correspondente a R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), por evento caracterizado como desastre natural, desde que o intervalo entre uma movimentação e outra não seja inferior a doze meses.” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogado o Decreto nº 6.885, de 25 de junho de 2009.

Brasília, 14 de janeiro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
Guido Mantega
Carlos Lupi

(D.O.U. de 17.01.2011, col. I, p. 1)

REGULAMENTAÇÃO DA COBRANÇA, FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

DECRETO Nº 7.435, DE 28 DE JANEIRO DE 2011

Dá nova redação ao art. 305 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º O art. 305 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 305. A Secretaria da Receita Federal do Brasil expedirá normas com os termos e condições para que a aplicação do selo de controle nos produtos possa ser feita, mediante informação à repartição jurisdicionante, no estabelecimento do importador ou licitante ou em local por eles indicado.

Parágrafo único. O prazo para a aplicação do selo será de quinze dias, contados da saída dos produtos da repartição que os desembaraçar ou licitar.” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de janeiro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
Guido Mantega

(D.O.U. de 31.01.2011, col. II, p. 1)

Aplicação de ALÍQUOTA ZERO ao IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS sobre PRODUTO doado a MUNICÍPIO do Rio de Janeiro em estado de CALAMIDADE PÚBLICA

DECRETO Nº 7.437, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2011

Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos incisos I e II do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.199, de 27 de dezembro de 1971,

DECRETA:

Art. 1º Ficam reduzidas a zero as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, previstas na Tabela de Incidência do IPI – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006, incidentes sobre os produtos doados diretamente aos Municípios do Estado do Rio de Janeiro constantes dos Decretos publicados pelo Governador daquele Estado, que declaram ou homologam estado de calamidade pública.

§ 1º A redução de alíquotas do IPI de que trata o *caput* será aplicada pelo prazo de cento e oitenta dias.

§ 2º Nas notas fiscais de saída com a redução de alíquotas de que trata o *caput* deverá constar a expressão “saída com alíquota zero do IPI”, o número do CNPJ referente ao ente político favorecido e referência a este Decreto.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de fevereiro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
Guido Mantega

(D.O.U. de 11.02.2011, col. I, p. 1)

A EFETIVAÇÃO DE SERVIDORES PRECARIAMENTE EMPOSSADOS *SUB JUDICE* EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antonio Carlos Alencar Carvalho

Procurador do Distrito Federal

Especialista em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

antonio-carlos.direito@yahoo.com.br

1. Introdução

A questão sobre a qual se ocupa este artigo é a recorrente situação de candidatos de concurso público, reprovados em uma ou mais provas ou etapas do procedimento seletivo, que obtêm provimento judicial provisório para nomeação e posse precária no cargo público e que, posteriormente, com a cassação ou revogação da ordem judiciária anterior, se recusam a deixar o serviço público, tentando invocar, em seu socorro, a teoria do fato consumado como forma de legitimar uma inconstitucional “efetivação” no posto de provimento efetivo sem o lastro de aprovação em certame concursal público.

2. Não cabimento da teoria do fato consumado no caso

A teoria do fato consumado foi concebida pela doutrina, sendo endossada pela jurisprudência, com vistas a justificar, em hipóteses excepcionais, a manutenção dos efeitos de atos administrativos inválidos em consideração à justa e à legítima expectativa dos administrados, tendo como fundamento o princípio da segurança jurídica.

A teoria do fato consumado visa a preservar situação ilegal consolidada no tempo, em consideração à justa e à legítima expectativa dos administrados, o que não se afigura, contudo, nas hipóteses em que candidatos participaram de concurso público e tomaram posse no cargo público por força de liminar, ante a precariedade da decisão, a qual se submete aos riscos da reversibilidade do julgamento.

De fato, seria no mínimo contraditório e temerário que a Administração Pública, ainda que ao fundamento de eficiência e de economicidade quanto à pretensão de permanência no posto de provimento efetivo de candidatos reprovados em concurso público precariamente empossados por força de decisões judiciais provisórias, viesse a consolidar situações ainda precárias e pendentes de provimento jurisdicional definitivo, quando a própria jurisprudência dos tribunais pátrios, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, passou a rechaçar a tese do fato consumado, comumente invocada por candidatos excluídos de certames em virtude do não preenchimento dos requisitos contidos no edital, o qual, por sua vez, deve espelhar as exigências constitucionais e legais para o ingresso nos cargos públicos.

Calha citar notícia jurídica (www.conjur.com.br) de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da teoria do fato consumado:

“Nomeação em concurso: Fato consumado não se aplica se decisão pode ser mudada

A teoria do fato consumado não pode ser aplicada nas hipóteses de nomeação de candidatos em concurso por decisão precária – sujeita à modificação. A conclusão é da 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu Recurso Especial do estado de Alagoas. Assim, o Estado está desobrigado de nomear candidatos que permaneceram em concurso para delegados apenas por força de liminares.

O concurso foi feito para preencher cargos de delegado de Polícia. Foram convocados 129 candidatos para a segunda etapa – teste de aptidão física, número correspondente a três vezes o total de vagas oferecido no edital.

Apesar de não figurarem na lista de convocação para a fase seguinte, os candidatos entraram na Justiça com ação cautelar. Alegaram aprovação na prova subjetiva e pediram a participação nas fases subseqüentes do concurso. Em 30 de novembro de 2001, a liminar foi concedida pela 2a. Vara da Fazenda Pública estadual, assegurando a permanência no concurso até decisão do mérito da causa.

A liminar foi confirmada na sentença de mérito, garantindo aos candidatos a participação nas demais fases e etapas subseqüentes do certame previstas no edital, inclusive o Curso de Formação Policial, em igualdade de condições com os demais candidatos aprovados.

O estado apelou. O Tribunal de Justiça negou o recurso e determinou a adoção das medidas cabíveis para nomeação, no prazo de cinco dias úteis, de oito candidatos nos cargos de delegado de Polícia. Em Embargos de Declaração propostos pelo estado, o Tribunal afastou, ainda, a alegação de *reformatio in pejus* (reforma para pior) da sentença.

Para o tribunal estadual, a decisão não extrapolou os limites do pedido. No Recurso Especial dirigido ao STJ, o estado pediu o reconhecimento da reforma para pior, alegando ocorrência da ofensa ao artigo 515 do Código de Processo Civil.

A 5a. Turma acolheu parte do argumento. ‘Resta patente a *reformatio in pejus*, porquanto a determinação de nomeação dos candidatos pelo Tribunal de origem, sem que houvesse pedido por parte dos candidatos, que sequer apelaram, extrapolou os limites da sentença monocrática, a qual determinou apenas e tão somente que os candidatos participassem das demais fases’, considerou a relatora do caso, ministra Laurita Vaz.

A relatora afirmou, ainda, que sequer constou da inicial da medida cautelar pedido para nomeação, mas apenas a participação nas etapas e fases seguintes. ‘É imperioso esclarecer que o processo principal foi extinto sem julgamento de mérito, por ausência de interesse de agir, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, uma vez que os candidatos ou não freqüentaram o Curso de Formação, ou não participaram das etapas subseqüentes’, acrescentou.

A ministra concluiu que não pode ser aplicada ao caso a teoria do fato consumado. 'Ora, os argumentos aventados não lhes garantem direito líquido e certo à manutenção do exercício dos cargos, tendo em vista que os atos de nomeações se deram de forma precária, por força de decisão judicial precária'.

Ainda segundo a relatora, ao julgar a ação principal, o tribunal de origem afastou o pretensão direito, pois, apesar de terem alcançado a tutela jurisdicional, os candidatos não participaram integralmente do certame, uma vez que não foram levados às etapas subsequentes dadas as suas módicas classificações, ou seja, não cumpriram ou não foram aprovados em todas as etapas do concurso. 'Assim, entendo que o caso ora examinado não se subsume à teoria do fato consumado, de modo a reconhecer o direito à nomeação de candidato aprovado *sub judice*', concluiu Laurita Vaz.

REsp 662.711

Revista Consultor Jurídico, 29 de outubro de 2008"

Julgou ainda o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual Civil e Administrativo. Embargos de Declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Concurso público. Delegado de polícia. Homologação final. Prescrição. Candidato no exercício do cargo. Aplicação da 'Teoria do Fato Consumado'. Inadmissibilidade. Precedentes. Embargos rejeitados.

III – A Eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da 'Teoria do Fato Consumado' nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento."¹

Cabe acrescentar o teor de decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios², *in verbis*:

"Direito administrativo. Ação declaratória. Concurso público. Agente penitenciário. Candidato matriculado em curso de formação profissional na condição *sub judice*. Pontuação mínima necessária à aprovação. Pretensão satisfeita na via administrativa. Perda superveniente do interesse processual. Nomeação e posse. Ausência de provimento jurisdicional definitivo favorável. Prazo de validade do certame expirado.

1. (...)

2. Tratando-se de candidato que participou de Curso de Formação Profissional, na condição *sub judice*, e expirado o prazo de validade do certame, a sua nomeação e posse fica condicionada a comprovação da obtenção, em definitivo, de provimento jurisdicional garantindo-lhe o direito ao prosseguimento nas etapas do concurso ou mesmo a prorrogação/revigoração do prazo de validade do certame."

Impende corroborar que situações fáticas decorrentes de nomeações realizadas por ordem judicial, de caráter precário, não têm o condão de convalidar administrativamente situações ilegítimas pelo mero decurso do tempo.

3. Precariedade da investidura determinada por ordem judicial provisória

Ainda sobre a matéria, é válido trazer à baila a prudente doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

"Trata-se de concurso público em que, a despeito de o candidato não preencher algum requisito para a aprovação (reprovação

em exame, ausência no dia da prova, exame físico etc.), consegue, em ação judicial (normalmente o mandado de segurança), ser beneficiado com a concessão de medida liminar na qual se determina que o Poder Público dê posse ao candidato.

Esse tipo de decisão cautelar in limine é totalmente inconstitucional e carece de qualquer técnica jurídica. A medida cautelar pode, quando muito, ordenar a reserva de vaga, mas nunca impor a formação da relação funcional pela investidura, porque isso ofende diretamente a prerrogativa da presunção de legitimidade de que são dotados os atos da Administração. Se o juiz vem a acolher o pedido do candidato, todos os efeitos do erro administrativo deverão ser reparados, inclusive, se for o caso, a responsabilização funcional da autoridade. Mas daí não se pode extrair a conclusão de que o órgão judicial possa

ordenar que a posse seja ultimada.

O certo é que, em virtude dessa grave erro técnica, dezenas e até centenas de candidatos são empossados e só após a lenta tramitação do processo é que o Judiciário decide o litígio em desfavor dos candidatos. Por causa do tempo já decorrido a partir da ilegítima investidura, postulam eles a convalidação de sua situação. Pedido em tal direção é nitidamente injurídico (quando não eivado de má-fé), de modo que o único desfecho possível no caso é o desfazimento da posse através da anulação, sem qualquer direito ao candidato que não cumpriu requisito para a aprovação do certame.

Nesses casos, é mister destacar, inexistente qualquer motivo para invalidar o concurso. A Administração deve, isto sim, diligenciar no sentido da anulação das nomeações ilegítimas e prematuras, tão logo o Judiciário

reconheça ter sido improcedente a pretensão dos candidatos³. (grifamos)"

O administrativista tem razão, porquanto as consequências da ordem judicial precária, no sentido da nomeação de candidatos reprovados em concurso público, mas que pretendem discutir os atos administrativos reprobatórios em juízo, podem ser difíceis para os próprios autores das demandas judiciais, os quais (*apesar de terem ciência de que ingressaram nos quadros administrativos na condição sub judice e com a possibilidade de serem desinvestidos dos postos ocupados a qualquer momento, na hipótese de cassação ou revogação da ordem judicial determinante da investidura temporária e incerta*) passam a desfrutar dos benefícios da vida funcional, da remuneração do cargo administrativo, todavia podem sofrer, sim, subitamente, revés na via judicial, por cujo efeito tenham que *deixar definitivamente* o serviço público, não como resultado de uma punição ou de um ato decisório da Administração, mas como estrita *consequência do insucesso na causa judicial aforada*, o que causa transtornos pessoais e justifica o natural desejo dos interessados, a despeito de saberem que não mais possuem qualquer direito a tanto, de continuar na função pública, o que não pode ocorrer, todavia, já que *não possuem indispensável título de aprovação válida em concurso público justificador de sua nomeação e posse ou persistência no posto administrativo*.

De fato, impende consignar que, no caso de sucumbência nas ações judiciais aforadas por candidatos reprovados em concurso público, precariamente

Impende corroborar que situações fáticas decorrentes de nomeações realizadas por ordem judicial, de caráter precário, não têm o condão de convalidar administrativamente situações ilegítimas pelo mero decurso do tempo

empossados por força de decisão judicial provisória, proferida nos autos de demanda em que o autor discute a validade dos atos administrativos pelos quais se verificou a sua reprovação no procedimento seletivo, a Administração Pública fica obrigada, sim, a promover o desfazimento do vínculo jurídico/funcional, constituído como foi de forma precária, por força de *decisum* não mais existente no mundo jurídico, porque cassado por decisão judiciária posterior ou definitiva.

Disso deriva o efeito de que o administrador público (uma vez que a nomeação em cargo de provimento efetivo constitui ato administrativo vinculado, condicionado à efetiva *aprovação válida em certame concursal público*) não mais dispõe de motivo de fato e de direito para motivar a nomeação outrora promovida, a qual somente tinha respaldo em *determinação judicial* primeira posteriormente cassada e que ficara dependente do desfecho do feito em curso na Justiça para fins de manutenção, ou não, do candidato nos quadros da Administração Pública, mérito que refoge à esfera de apreciação discricionária da autoridade administrativa e que fica, inevitavelmente, condicionado ao teor do veredito judicial derradeiro proferido, seja no sentido da exoneração do candidato autor de demanda judicial em que foi sucumbente, seja na efetivação nos quadros administrativos, uma vez que o Poder Judiciário proclame que o cidadão foi aprovado no concurso público cuja etapa ou prova discutira e que deve ser nomeado.

A firme orientação quanto à imperatividade de exoneração de candidatos na condição *sub judice* é medida ordinariamente recomendada a todos os órgãos da Administração Pública em casos idênticos à espécie, sem exceção, e constitui estrito cumprimento do dever legal dos órgãos administrativos como um todo, haja vista que não existe possibilidade de alguém que não foi aprovado em concurso público específico (seja assim proclamado quando da homologação administrativa do resultado final do certame ou quando do desate de processo judicial) possa ingressar ou permanecer como ocupante de cargo de provimento efetivo, sob pena de improbidade administrativa, violação do princípio da impessoalidade, da moralidade e do preceito republicano do amplo acesso aos cargos públicos a todos os habilitados, laureados pela sagração no procedimento concursal seletivo pertinente.

Por isso, em que pese a compreensível dificuldade pessoal ocasionada para candidatos nomeados *sub judice*, fato é que os autores de demandas judiciais infrutíferas assumiram o cargo público em caráter precário, condicionados em sua permanência nos quadros administrativos à *manutenção* válida dos *efeitos* da *ordem judicial provisória* que lhes favoreceu com a nomeação, enquanto da discussão das etapas do concurso público, e ainda ao desfecho favorável do processo judicial, modo pelo qual, cassada a eficácia jurídica da decisão da Justiça que justificara a investidura dos interessados, em face da superveniência de posterior veredito judiciário superior ou definitivo, realmente não há mais supedâneo de direito para a ocupação dos postos públicos pelos aludidos candidatos reprovados no certame concursal, desamparados, como estão, de ordem judiciária ainda vigente pela sua continuidade nos quadros administrativos.

4. Caráter vinculado da nomeação em cargos de provimento efetivo e irrelevância do interesse administrativo na permanência dos candidatos empossados *sub judice* no serviço público

Efetivamente, ainda que fosse noticiado possível

interesse administrativo quanto à permanência dos interessados no exercício do cargo em que foram transitoriamente investidos por força da decisão judicial provisória, hoje já cassada e não mais existente no mundo jurídico, o direito positivo brasileiro *não* conferiu, contudo, margem discricionária ao administrador público para o preenchimento de cargos de provimento efetivo, na medida em que a nomeação constitui *ato administrativo vinculado*, condicionado à aprovação válida em concurso público, em todas as suas etapas. Trata-se de adoção do sistema do mérito pelo legislador constituinte, como anota José Afonso da Silva: “O princípio da acessibilidade aos *cargos e empregos públicos* visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante *investidura por concurso público*.”⁴

Ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem gozar do respaldo de aprovação válida em concurso público específico para preenchimento do posto, sob pena de violação ao capitulado no art. 37, II, da Carta de Direitos de 1988. Vale transcrever a cátedra de Odete Medauar: “A exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no serviço público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa.”⁵

Ora, suprimida a eficácia jurídica da ordem judicial em cujo estrito cumprimento a autoridade administrativa nomeou os interessados, por força da cassação da decisão provisória por acórdão definitivo prolatado pelo órgão colegiado judiciário superior ou mesmo em caso de sentença desfavorável ao particular demandante, é inquestionável que o efeito necessário é, sim, a *exoneração* dos candidatos nomeados na condição *sub judice*, os quais tinham ciência de que sua permanência nos quadros da Administração Pública era vinculada, a título de *conditio sine qua non*, à manutenção dos efeitos da decisão determinante da investidura.

A nomeação dos interessados não foi decisão da autoridade administrativa competente, mas mero cumprimento de ordem provisória do Poder Judiciário, porquanto o chefe do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo não poderia investir nenhum candidato não aprovado – ainda assim só durante o prazo de validade do certame – em todas as etapas e provas do concurso público específico para ingresso no cargo administrativo objeto de provimento em caráter efetivo, por força do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, razão por que, de igual razão, não lhe é dado manter nos quadros administrativos, mesmo que exista eventual interesse público no preenchimento de carência administrativa da função policial, quem não foi aprovado em procedimento concursal específico e apenas foi investido no posto por força de decisão judicial precária, passível de cassação como sucedeu na espécie.

É que o *motivo de fato e de direito* para a legalidade de investidura em cargo público de provimento efetivo é a *aprovação válida em concurso público de provas e títulos*, em todas as suas etapas, ressalvadas a hipótese de candidato que obtém título judicial determinante da sua investidura em caráter definitivo nos quadros da Administração Pública, além da precariedade da situação dos candidatos que discutem sua reprovação no certame concursal e eventualmente conseguem, como verificado na hipótese vertente, o direito de nomeação e posse no cargo, provisoriamente, sob o risco de *imediate desinvestidura* na hipótese de cassação da decisão judicial que os amparava, não como medida ou punição administrativa, porém como

mero efeito jurídico necessário e inevitável da cassação do *decisum* ao qual deviam seu ingresso temporário e sua permanência incerta nos quadros administrativos, vinculados como eram ao êxito no processo em curso na Justiça e à manutenção da ordem provisória.

A nomeação *sub judice* perde seus efeitos juntamente com a cassação pelo próprio Poder Judiciário da ordem judicial que outrora ordenou a investidura dos candidatos, na condição de partes de um processo judicial cujo desfecho presidirá a permanência, ou não, dos demandantes nos quadros administrativos, no caso frustrada pelo teor de sentença ou acórdão desfavorável aos autores das ações judiciais.

A situação é a mesma do servidor público demitido que, por efeito de liminar em mandado de segurança ou de antecipação de tutela⁶, é reintegrado em cumprimento de ordem judicial provisória; sobrevindo resolução de mérito desfavorável, o efeito necessário é, sim, a exoneração do impetrante-autor, ainda que haja interesse administrativo em que ele permaneça nos quadros da Administração.

O problema é que a única hipótese de os interessados continuarem no serviço público seria em caso de ato administrativo específico de nomeação nos cargos de provimento efetivo, a qual, todavia, pressupõe aprovação válida em todas as etapas do concurso público específico como *conditio sine qua non* do ato administrativo vinculado de investidura, por força do mandamento expresso do inciso II do art. 37 da Carta Magna de 1988, razão jurídica que, da mesma forma, impede, por força de lei, a permanência dos candidatos nos postos ocupados precariamente, na condição *sub judice*, ainda que exista conveniência e oportunidade administrativas nesse sentido, porque, no caso, o administrador público, no direito positivo brasileiro, não tem ensejo para, ainda que em nome de interesse público, prover cargos efetivos ou manter atos de provimento anteriormente exarados em mero cumprimento de ordem judicial provisória já cassada, não mais existente no mundo jurídico, haja vista que se trata – ressalta-se – de hipótese de rigorosa vinculação administrativa, e não de discricionariedade – a nomeação no cargo permanente da carreira policial civil requer a presença do motivo de fato indispensável da aprovação válida em procedimento concursal público específico, o que não existe na espécie.

Sendo assim, com a devida vênia, embora se compreenda a natural vontade dos interessados de permanecerem nos postos administrativos e os motivos acalentados por eles e eventualmente pelo órgão administrativo, a solução da hipótese, entretanto, é questão jurídica regrada pelo direito administrativo, processual civil e constitucional e que ultrapassa a esfera da discricionariedade do administrador público, situando-se no plano da vinculação do ato administrativo e do caráter precário e passível de cassação futura da nomeação *sub judice* de candidato reprovado em concurso público, cuja sorte fica atrelada ao desfecho do processo judicial e também da persistência dos efeitos jurídicos da decisão provisória da Justiça que determinou a investidura nos cargos públicos,

motivo por que não se pode recomendar medida diversa da exoneração dos candidatos dos cargos de provimento efetivo por eles ocupados na hipótese de cassação da ordem judicial outrora determinante da investidura precária no posto público.

Destarte, é forçoso reconhecer a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado das decisões do Poder Judiciário para se efetivar em definitivo a situação funcional de servidores cujo ingresso no serviço público tenha se dado de forma precária.

5. O princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos de provimento efetivo pela via do certame concursal como preceito constitucional

Restam subjacentes, na espécie, os consectários do princípio do amplo acesso aos cargos públicos por parte de todo cidadão que anseie ingressar nos quadros do funcionalismo estatal, desde que preencha os requisitos legais para ocupação do posto administrativo e, especialmente, se sagre aprovado em certame concursal público de provas ou de provas e títulos (art. 37, I e II, Constituição Federal de 1988). Lembra, nessa toada, Hely Lopes Meirelles:

“O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo.”⁷

Em virtude do princípio da isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988), não pode a Administração Pública prover cargo público ou nele manter quem não tenha sido completa e regularmente aprovado em todas as etapas e provas de concurso público específico, sob pena de violação não só da própria Carta Magna como ainda dos ditames das leis de crimes de responsabilidade (art. 4º, V, Lei federal 1.079/50⁸; art. 101, V, Lei Orgânica do Distrito Federal) e de improbidade administrativa (art. 11, V, Lei federal 8.429/92: “frustrar a licitude de concurso público”). A esse respeito, pontificam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz⁹:

“O ato atentatório ao concurso público, em face de sua natureza de princípio constitucional especial, foi corretamente enquadrado como espécie da categoria ‘atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública’. Com efeito, o art. 11, V, da Lei n. 8.429/92 estabelece como ato de improbidade administrativa conduta do agente público que ‘frustrar a licitude do concurso público’. (...) Se o agente público frustrar a licitude de concurso público, ainda que tal conduta não cause lesão ao erário ou não importe enriquecimento ilícito, será enquadrado como ímprobo.”

Não é desconhecido que muitos cidadãos anelam pelo sonho de lograr êxito em certame público concursal para fins de gozar dos benefícios da titularidade de cargo de provimento efetivo e da estabilidade no serviço público, ainda mais em se cuidando de postos bem remunerados, como são aqueles componentes de algumas carreiras de maior expressão no cenário da Administração Pública, com

Ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem gozar do respaldo de aprovação válida em concurso público específico para preenchimento do posto

retribuição pecuniária superior, como nos casos de polícia civil, militar, defensoria e advocacia pública, auditoria tributária e outras de maior magnitude funcional.

Na verdade, milhares de jovens e adultos debruçam-se penosamente nos estudos, por conta própria, ou arcam com os vultosos custos de preparação de cursinhos para concursos, por causa do sonho de pertencer às carreiras efetivas do funcionalismo estatal e de desfrutar de boa remuneração e da proteção da estabilidade contra a perda do cargo público, inexistente no âmbito da atividade privada.

Sendo assim, seria violar o tratamento igualitário que a Administração Pública deve dispensar a todos os cidadãos, sem dúvida, permitir que pessoas não aprovadas em todas as provas e etapas de concurso público, porque o Poder Judiciário abonou sua reprovação administrativa no certame, pudessem ingressar ou permanecer no quadro do funcionalismo estatal, apenas pelo fato de que obtiveram provimento judicial provisório para lhes assegurar a posse no cargo administrativo, posteriormente cassado por decisão judiciária definitiva. *Seria o mesmo que dispensar, em última instância, a exigência constitucional de aprovação em concurso público para certos cidadãos pelo mero fato de que tomaram a iniciativa de discutir judicialmente, ao final sem sucesso, sua reprovação no certame concursal.* São pertinentes os escritos de Edmir Netto de Araújo a esse propósito:

“O direito dos cidadãos de acesso aos cargos públicos (CF, art. 37, I) decorre do princípio fundamental dos regimes democráticos, que é o da igualdade (art. 5º) de todos perante a lei, nas mesmas condições. Se todos são iguais perante a lei, também o são perante a Administração, e por isso, nas mesmas condições, o que abrange o atendimento aos requisitos legais, todos os brasileiros possuem o direito de acesso aos cargos públicos.”¹⁰

Se alguém que somente tomou posse em cargo público precariamente, lastreado em ordem judicial provisória que foi posteriormente cassada, pudesse, entretanto, permanecer no posto por força de inusitado e inconstitucional ato administrativo de “apostilamento”, a despeito da insubsistência de qualquer provimento jurisdicional determinante da permanência dos interessados no posto administrativo, à míngua, em particular, da indispensável aprovação válida em todas as etapas e provas do concurso público, ter-se-ia a indireta *abolição* do pressuposto da sagração em certame concursal como requisito para ingresso em cargo efetivo no serviço público, o que é temerário e inconstitucional.

Mais ainda, inúmeros cidadãos que prestaram o mesmo concurso, mas foram reprovados na mesma etapa ou prova na qual também não teve sucesso o candidato que ingressou em juízo e obteve decisão judicial provisória (posteriormente cassada) para tomar posse no cargo (enquanto discutia sua reprovação na aludida etapa ou exame) serão tratados de forma desigualitária pela Administração Pública, sem o reconhecimento do direito de ocupar o posto administrativo, apesar de todos, inclusive o autor da ação judicial fracassada, não terem sido aprovados no certame concursal.

Se, no final das contas, nem uns nem outros se sagraram exitosos no procedimento de seleção pública, por que o demandante vencido do processo judiciário, que igualmente foi reprovado no procedimento, teria direito a gozar da investidura permanente em cargo administrativo, enquanto seu correprovaado cidadão não lograria igual benefício? Outros cidadãos que não prestaram o concurso, por receio de reprovação nas etapas e provas respectivas, também almejavam desfrutar da condição de servidor público, ocupante de posto de provimento efetivo e com estabilidade no serviço público, sem sujeição aos requisitos de aprovação válida em concurso. Por que favorecer uns e não outros e como assim proceder em face dos ditames dos princípios da impessoalidade e da isonomia?

São pertinentes as lições de Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz:

“O Estado, ao mesmo tempo em que impõe deveres, limitações administrativas, sacrifícios a direitos subjetivos e prescrição de sanções em desfavor dos membros do corpo social, também concede prerrogativas aos administrados, outorgando-lhes um benefício econômico, social ou profissional. Em face dos postulados fundamentais da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e diante da circunstância de que o número de administrados interessados em obter determinadas prerrogativas públicas é invariavelmente maior do que a sua oferta social, o Estado deverá abrir mão de um procedimento concorrencial, em ordem a compatibilizar o princípio da isonomia com a necessidade de se estabelecer um padrão mínimo e razoável de exigências, a fim de se

cumprir excelentemente o interesse público. (...) O concurso público constitui uma das formas de concreção do princípio da igualdade.”¹¹

Sob a ótica do administrador público, é de se enfatizar que a *nomeação, como ato administrativo, pressupõe um motivo de fato e de direito existente: a aprovação ainda válida em concurso público.* Incidiria, no caso, o prescrito na Lei de Ação Popular:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

(...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

A *matéria de fato* (aprovação válida em concurso pública ainda com prazo de validade vigente) não existe na hipótese e impossibilita, em consequência, a nomeação de candidatos.

Sob outro prisma, ter-se-ia *ilegalidade do objeto* porque a investidura em cargo de provimento efetivo de pessoa que não dispõe de aprovação válida no certame concursal, porque já expirado seu prazo de validade,

Sob a ótica do administrador público, é de se enfatizar que a nomeação, como ato administrativo, pressupõe um motivo de fato e de direito existente: a aprovação ainda válida em concurso público

configuraria ofensa ao próprio texto constitucional e ao da Lei de Improbidade Administrativa (art. 11, V, Lei federal 8.429/92).

Em se cuidando de *conditio sine qua non* para a investidura permanente no serviço público, a exigência de aprovação em todas as provas e etapas de concurso específico de provimento do cargo administrativo não pode ser relevada em hipótese alguma, por se cuidar de exigência constitucional, não socorrendo o argumento de que os candidatos sucumbentes na Justiça, precariamente empossados no posto público por força de decisão judicial provisória, posteriormente cassada por outro provimento jurisdicional em contrário, teriam mesmo concluído o curso de formação, pois se cuida de hipótese em que preponderam os princípios da igualdade, isonomia e da moralidade: os cidadãos ocupantes de cargo efetivo na Administração dos três Poderes estatais adquiriram o benefício de serem contratados como pessoal pelo Estado porque, diferindo das demais pessoas igualmente interessadas em serem empregadas pelo Poder Público, se sagraram aprovadas em certame concursal específico.

Certo número de advogados até poderia, quiçá, desempenhar as funções inerentes ao cargo de procurador do Estado, auditor tributário, promotor de justiça, juiz de direito, se porventura a Administração os nomeasse, sem prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para os postos públicos em comento – alguns até poderiam concluir com êxito o estágio probatório inicial para confirmação na carreira.

Não obstante, o administrador público não poderia (ainda que tivesse deixado de observar o mandamento constitucional de realizar certame concursal, para contratar profissionais do direito com maior celeridade, sem os entraves e morosidade decorrentes do procedimento administrativo público seletivo) investir nem menos ainda efetivar no cargo efetivo quem não foi laureado pela chancela concursal constitucional. Talvez até conviesse ao Estado – e muitas pessoas poderiam se revelar aptas ao exercício dos postos – contratar diretamente pessoal, todavia a Constituição Federal, em atenção às cláusulas da democracia, da República, da igualdade, da moralidade administrativa, ordenou que a única forma de provimento de cargos efetivos na Administração é a sagração em concurso público.

Não se questiona que muitos cidadãos, precariamente empossados em cargos públicos efetivos à conta de decisões judiciais provisórias, podem revelar aptidão para o exercício dos cargos (da mesma forma que outros que não prestaram as provas de seleção concursal ou foram em algumas delas reprovados o poderiam), mas a única forma de os autores de demandas judiciais, reprovados administrativamente em alguma etapa ou prova do concurso de ingresso na carreira, serem efetivados nos postos é a constituição de provimento jurisdicional definitivo que lhes seja favorável e que os declare aprovados e determine ou confirme o empossamento no cargo público.

Cuida-se, como demonstrado *quantum satis*, de inexorável exigência constitucional acerca da contratação de pessoal no serviço público para investidura em cargos de provimento efetivo: os candidatos deverão ter sido aprovados em concurso público, sob pena de inconstitucionalidade.

6. Conclusões

Do exposto, infere-se que:

a) a teoria do fato consumado não pode ser invocada para ensejar a permanência em cargo de provimento efetivo de candidatos reprovados em etapas e provas de concurso público, os quais, empossados precariamente, com fundamento em decisão judicial provisória, têm sua sorte atrelada ao desfecho dos processos judiciais;

b) a investidura em cargos de provimento efetivo é ato administrativo vinculado, modo por que a Administração Pública não tem poder discricionário de, à guisa de alegado interesse administrativo ou pessoal dos candidatos reprovados no certame concursal, sucumbentes nos processos judiciais em que discutiam sua reprovação no procedimento seletivo, efetivar ou manter nos postos permanentes pessoas que não se sagraram aprovadas em concurso público de provas ou de provas e títulos;

c) o princípio da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos de provimento efetivo impede que os cidadãos precariamente empossados nos postos administrativos sejam efetivados no serviço público, se reprovados no certame concursal específico. ■

NOTAS

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Ag 740721 / MG; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0016130-5, relator(a) ministro Gilson Dipp, órgão julgador: Quinta Turma, data do julgamento: 17/10/2006, data da publicação/Fonte: DJ 13.11.2006, p. 288. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Senhor Ministro Relator.

2 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3a. Turma Cível, APC 2002 01 1 108356-3, desembargadora relatora dra. Níbia Corrêa Lima.

3 CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 494-495.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 659.

5 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 263.

6 O Supremo Tribunal Federal já consignou que não ofende o decidido na ADC4 o mero restabelecimento de situação jurídica anterior, como no caso de servidor público reintegrado, o qual torna apenas a ocupar o posto e a perceber os vencimentos que já auferia, sem gerar novas despesas para o erário. O STF também admite a tutela antecipada contra a Fazenda Pública em caso de ordem judicial para nomeação e posse de candidatos aprovados dentro do limite de vagas abertas para concurso público de ingresso em determinada carreira (Rcl 6155 MC / CE – Ceará – Medida Cautelar na Reclamação, relator(a): Ministra Cármen Lúcia, julgamento: 22/08/2008, publicação DJe-166, divulg. 03/09/2008, public. 04/09/2008.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 413.

8 Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

(...) V – A probidade na administração.

9 MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34 ss.

10 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 266.

11 MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22 ss.

eventos notícias

CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Local: Centro de Artes e Convenções da UFOP - Ouro Preto/MG

Data: 18 e 19/3/2011

Informações: <http://www.congressolusobrasileiro.ufop.br>

XV SIMPÓSIO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Local: Universidade Cidade de São Paulo - São Paulo/SP

Data: 18 e 19/3/2011

Informações: <http://www.ibdp.org.br>

E-mail: eventos@ibdp.org.br

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PREGOEIROS

Local: Hotel Mabu - Foz do Iguaçu/PR

Data: 21 a 24/3/2011

Informações: <http://www.negociospublicos.com.br/congresso/>

I CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO HOMOAFETIVO

Local: OAB/RJ - Rio de Janeiro/RJ

Data: 23 a 25/3/2011

Informações: <http://www.direitohomoafetivo.com.br>

<http://eve.oab-rj.org.br/>

1º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL

Local: Associação dos Advogados de São Paulo - São Paulo/SP

Data: 25/3/2011

Informações: <http://www.congressodireitocomercial.com.br>

E-mail: organizacao@congressodireitocomercial.com.br

Visite-nos em: www.bonijuris.com.br

Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos Tribunais.
Publicação dirigida ao território nacional
Edição mensal - Tiragem 5.000 exemplares

NORMAS EDITORIAIS PARA ENCAMINHAMENTO DE ARTIGOS À REVISTA

1. As opiniões emitidas nos artigos não refletem, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial da Revista, sendo de exclusiva responsabilidade de seus autores.
2. A remessa e o recebimento de matérias não implicam a obrigatoriedade de publicação.
3. Dá-se preferência a trabalhos inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, seminários, palestras etc.).
4. Solicita-se que o autor envie os artigos por e-mail, em arquivo Word, onde conste também sua qualificação profissional/acadêmica e endereço.
5. Os artigos serão revisados, *editados* e publicados de acordo com as normas técnicas da *Revista Bonijuris*.

Endereço para correspondência:

Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris

Rua Marechal Deodoro, 344 - 3º and. - CEP 80010-010 - Curitiba - PR

Fone: (41) 3322-3835 - e-mail: juridico@bonijuris.com.br

Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco.

Fone-fax: (41) 3323-4020 ou e-mail: diretoria@bonijuris.com.br

**ARGUMENTOS JURÍDICOS
& PETIÇÕES**

Milhares de modelos de peças processuais e também de fundamentos jurídicos utilizados em instâncias judiciais.



**CLÁUSULAS
& CONTRATOS**

Minutas de instrumentos contratuais, de todas as áreas, e sugestão de cláusulas prontas para montar novos contratos.



JURISPRUDÊNCIA

Acervo selecionado de acórdãos, ementas, sentenças e súmulas de tribunais superiores e regionais do país.



DIREITO DO TRABALHO

Orientação trabalhista para empregados e empregadores, em artigos, decisões dos tribunais, leis, argumentos e muito mais.



REVISTA BONIJURIS

Versão online da revista mensal impressa, com atualidades do direito, artigos e acórdãos de destaque e as últimas leis.



LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Constituição, códigos, estatutos, leis especiais, leis ordinárias, de forma esquemática e fácil de pesquisar.



**Portal
VIVA O CONDOMÍNIO**

Atualidades, comentários, decisões judiciais, leis do condomínio e prática forense.



DOCTRINA JURÍDICA

Citações dos melhores autores do Direito Pátrio, bem como Artigos; Ensaios; Dissertações; Enunciados e Monografias, em todas as áreas do Direito.



DIREITO ADMINISTRATIVO

Doutrina, jurisprudência, legislação e prática processual voltada às prefeituras e órgãos públicos.



DIREITO IMOBILIÁRIO

Orientação jurídica, legislação, jurisprudência e modelos práticos sobre locação, compra e venda, condomínio e outros assuntos imobiliários.



FALE CONOSCO
0800-645 4020
vendas@bonijuris.com.br

Apoio Institucional



(041) 3222-0983

www.bonijuris.com.br