

# Revista Bonijuris

www.bonijuris.com.br

Ano XXIII | # 573 | Agosto 2011 | R\$49,90

## Ementário

Ação indenizatória julgada improcedente não comporta recurso com base em violação da Lei de Imprensa

pág. 65

## Legislação

Lei 12.433/11 - Remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou trabalho

pág. 78

## Não tropece na língua

Residente à/ na rua, dignar-se

pág. 82

## Repositório autorizado

TST - Registro nº 24/2001

STF - Registro nº 34/2003

STJ - Registro nº 56/2005

ISSN 1809-3256

## Acórdãos em destaque | pág. 47

TJ/MG

Recurso de advogado desferindo ofensa ao magistrado não configura dano moral face à ausência de ato ilícito

STJ

Inquilino preterido em venda do imóvel pode pedir reparação mesmo sem contrato averbado no registro de imóveis

STJ

Ação rescisória não precisa ser proposta contra todos os autores ou réus do processo original

STF

Superveniência de sentença condenatória não prejudica pretensão de concessão de liberdade provisória em prisão em flagrante por tráfico de drogas

TST

Suspensão do contrato de trabalho devido ao recebimento de auxílio-doença não interrompe o prazo prescricional para propositura de ação trabalhista

STJ

Prazo para candidato excluído de concurso impetrar mandado de segurança conta a partir da eliminação do certame

TRF

É impossível a compensação de ofício de créditos apurados a favor do contribuinte com débitos cuja exigibilidade está suspensa

## Doutrina

### OS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS COMO CONDIÇÃO HOLONÔMICA DOS DIREITOS HUMANOS

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua | pág. 6

### ALTERAÇÕES NO REGIME DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Gerson Luiz Carlos Branco | pág. 14

### O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA E AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 23 DE JULHO DE 2008

Dirley da Cunha Júnior | pág. 23

### A PROTEÇÃO TRABALHISTA-CONSTITUCIONAL

Luiz Marcelo Figueiras de Góis | pág. 28

### (RE)PENSANDO A PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DAS PRISÕES CAUTELARES

Mateus Marques | pág. 40

## Como decidem os tribunais | pág. 80

### Proibição de Uso de Áreas Comuns pelo Devedor de Condomínio

André Luiz Junqueira

## CONVÊNIOS E PARCERIAS

---



### REVISTA BONIJURIS.

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

ISSN 1809-3256

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

FALE CONOSCO: **0800-645-4020**

A seção *Doutrina* desta edição é aberta pelo professor de sociologia do direito Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua, que trata dos direitos socioambientais como condição holonômica dos direitos humanos. Argumenta que a compreensão socioambiental é muito importante para a nova consideração dos direitos humanos e que o paradigma atual da racionalidade hegemônica comporta fragmentações no conhecimento sobre a existência. Atenta, ao final, para a importância de se compatibilizar o ideal de emancipação ecossociopolítica com a rediscussão da centralidade do Estado e do princípio do Estado na elaboração dos direitos humanos, que deve ser perpassada pela ação comunitária e a participação cidadã como fonte concomitante de direito.

O advogado, doutor em direito e professor de direito civil Gerson Luiz Carlos Branco discorre sobre as alterações no regime da execução das obrigações decorrentes do compromisso de compra e venda. Aponta as alterações legislativas no regime do compromisso de compra e venda realizadas pelo Código Civil vigente, percebidas nos artigos 462 a 466, e também a diferença de regime entre o contrato registrado, que atribui ao adquirente o direito real à aquisição da propriedade, e o não registrado.

Dirley da Cunha Júnior, juiz federal e doutor em direito constitucional, escreve acerca do controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que possibilitou ao Conselho Constitucional realizar controle repressivo quando for submetida a ele uma questão prioritária de constitucionalidade. Ressalta que esta “questão prioritária” é um incidente que qualquer pessoa que seja parte em um processo, judicial ou administrativo, pode suscitar para afirmar que uma disposição legislativa viola direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

Prosseguindo, o advogado e mestre em direito do trabalho Luiz Marcelo Figueiras de Góis aborda a proteção trabalhista-constitucional. Aduz que o direito do trabalho precisa enxergar o futuro, os resultados que uma postura de proteção irrefletida podem trazer à coletividade sob o ponto de vista da empregabilidade, possuindo ele uma missão de materializar os comandos constitucionais de máxima inserção do trabalhador no mercado de trabalho e funcionalização da propriedade e do trabalho.

Encerrando a seção, Mateus Marques, advogado e mestrando em ciências criminais, analisa a proporcionalidade no âmbito das prisões cautelares. Afirma que a necessidade da segregação cautelar é vinculada à existência concreta do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, devendo haver elementos seguros que indiquem ter o acusado cometido o delito cuja materialidade deve estar comprovada, bem como se a sua liberdade representa real ameaça ao processamento e julgamento da ação penal que lhe é movida ou à futura e eventual execução penal.

Em *Legislação* transcrevemos a íntegra dos seguintes textos legais: Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, que altera a Lei de Execução Penal para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho; Lei 12.440, de 7 de julho de 2011, que acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei 8.666/93; e Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que modifica o Código Civil para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada.

Por derradeiro, em *Como Decidem os Tribunais*, o advogado e especialista em direito civil e empresarial André Luiz Junqueira arrazoa quanto à proibição de uso de áreas comuns pelo devedor de condomínio. Ampara a discussão em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proibiu condômino inadimplente de usufruir de equipamentos de lazer do edifício que geravam despesas para os demais condôminos.

# Bonijuris Revista

Ano XXIII | # 573 | Agosto 2011

## 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

## Editor responsável

Luiz Fernando de Queiroz

## 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 (editor adjunto),  
Rogério Distéfano, Roland Hasson, Sérgio de Aragon Ferreira, Solange Roessle, Yoshihiro Miyamura

## Coedição:

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

## 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 | [www.bonijuris.com.br](http://www.bonijuris.com.br) | ISSN 1809-3256 | Qualis C – Capes

Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco. | Fone/FAX: (41) 3323-4020 | e-mail: [diretoria@bonijuris.com.br](mailto:diretoria@bonijuris.com.br)

**Repositório autorizado**  
TST Nº 24/2001  
STF Nº 34/2003  
STJ Nº 56/2005

**Administrativo | Comercial**  
Fone-fax: (41) 3323-4020  
[bonijuris@bonijuris.com.br](mailto:bonijuris@bonijuris.com.br)  
[comercial@bonijuris.com.br](mailto:comercial@bonijuris.com.br)

**Assinaturas**  
0800 645 4020

**Jurídico | Pesquisa**  
Fone: (41) 3322-3835  
[juridico@bonijuris.com.br](mailto:juridico@bonijuris.com.br)



Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos tribunais. Publicação dirigida ao território nacional. Edição mensal – Tiragem 5.000 exemplares

## Doutrina

---

06 | **Os Direitos Socioambientais Como Condição Holonômica dos Direitos Humanos**

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua

14 | **Alterações no Regime da Execução das Obrigações Decorrentes do Compromisso de Compra e Venda**

Gerson Luiz Carlos Branco

23 | **O Controle de Constitucionalidade na França e as Alterações Advindas da Reforma Constitucional de 23 de Julho de 2008**

Dirley da Cunha Júnior

28 | **A Proteção Trabalhista-Constitucional**

Luiz Marcelo Figueiras de Góis

40 | **(Re)Pensando a Proporcionalidade: Uma Análise no Âmbito das Prisões Cautelares**

Mateus Marques

## Acórdãos em destaque

---

47 | TJMG | **Des. Wagner Wilson**

Recurso de advogado desferindo ofensa ao magistrado não configura dano moral face à ausência de ato ilícito

50 | STJ | **Min. Nancy Andrighi**

Inquilino preterido em venda do imóvel pode pedir reparação mesmo sem contrato averbado no registro de imóveis

52 | STJ | **Min. Teori Albino Zavascki**

Ação rescisória não precisa ser proposta contra todos os autores ou réus do processo original

56 | STF | **Min. Cármen Lúcia**

Superveniência de sentença condenatória não prejudica pretensão de concessão de liberdade provisória em prisão em flagrante por tráfico de drogas

58 | TST | **Min. Caputo Bastos**

Suspensão do contrato de trabalho devido ao recebimento de auxílio-doença não interrompe o prazo prescricional para propositura de ação trabalhista

59 | STJ | **Min. Castro Meira**

Prazo para candidato excluído de concurso impetrar mandado de segurança conta a partir da eliminação do certame

63 | TRF | **Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère**

É impossível a compensação de ofício de créditos apurados a favor do contribuinte com débitos cuja exigibilidade está suspensa

## Ementário

---

65 | STJ | **Civil e Comercial**

**Min. Luis Felipe Salomão**

Ação indenizatória julgada improcedente não comporta recurso com base em violação da Lei de Imprensa

67 | STJ | **Imobiliário**

**Min. Sidnei Beneti**

Certidão de propriedade dos vizinhos confrontantes não é obrigatória em usucapião

68 | STJ | **Processo Civil**

**Min. Mauro Campbell Marques**

É lícito ao credor recusar substituição de bem penhorado por outro de difícil alienação

70 | STJ | **Penal e Processo Penal**

**Min. Haroldo Rodrigues**

A ausência do réu, citado por edital, não é causa suficiente para a decretação da prisão cautelar

72 | TST | **Trabalhista e Previdenciário**

**Min. Godinho Delgado**

Dispensa de professor no início das férias enseja recebimento de salário referente ao período de recesso

74 | TRF | **Administrativo e Constitucional**

**Des. Federal Fagundes de Deus**

É vedado ao Ibama se recusar a prestar serviços administrativos em razão da existência de débito perante órgão

75 | TRF | **Tributário**

**Juiz Federal Rubens Calixto**

ICMS e ISS devem ser excluídos da base de cálculo da Cofins

## Legislação

---

78 | Lei 12.433/11

Remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou trabalho

78 | Lei 12.440/11

Instituição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas

79 | Lei 12.441/11

Constituição de empresa individual de responsabilidade limitada

## Como decidem os tribunais

---

80 | André Luiz Junqueira

Proibição de Uso de Áreas Comuns pelo Devedor de Condomínio

## Não tropece na língua

---

82 | Maria Tereza de Queiroz Piacentini

Residente à/ na rua, dignar-se

# OS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS COMO CONDIÇÃO HOLONÔMICA DOS DIREITOS HUMANOS

**Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua** | marciorique@usp.br

Professor de Sociologia do Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP)

## Resumo

A compreensão socioambiental é muito importante para a nova consideração dos direitos humanos. O paradigma atual da racionalidade hegemônica comporta fragmentações no conhecimento sobre a existência. Alguns aspectos são fundamentais para esse dinâmico processo de análise: uma visão holística e dialógica acerca da existência humana e da existência geral da vida no universo. A consideração integral da vida universal é condição para a evolução e sobrevivência humana e planetária

## Abstract

The socio-environmental understanding is very important for new consideration of human rights. The current paradigm of hegemonic rationality includes divisions in the knowledge of the existence. Some issues are central to this dynamic process of analysis: a holistic vision and dialogic on human existence and the general existence of life in the universe. The whole consideration of universal life is a condition for progress and human and planetary survival

Ao concebermos a educação como um processo eminentemente autopoietico, o fato de cambiarmos noções sedimentadas mas fragmentadas de direitos humanos por uma perspectiva holonômica, dialógica e recursiva, imediatamente possibilita uma dinâmica educacional diferenciada. Ou seja, educa-se para aquilo que deve ser mesmo a finalidade da educação: tornar os sujeitos autônomos, livres e capazes de decisões, e imprimir uma conduta compatível com a natureza das coisas, seja na esfera antropológica, seja na esfera ecobiológica. Ou seja, fomenta-se aquilo que Aristóteles propõe como *φρόνησις*, o ganho de lucidez ou a disposição ‘desocultante’ (a *sensatez*), que permitem não perder de vista nem as ações concretas nem seu sentido orientativo (cf. **Caieiro**: 2006:6). Há uma tão imbricada relação entre a ecossocio-organização e a auto-organização viva e dos ciclos físicos que sua compreensão passa necessariamente pela ponderação destes vínculos e lógicas inextricáveis,

ainda que em aparente oposição. As sociedades humanas só se reconhecem no reconhecimento ecológico e na sua mútua dependência. O direito socioambiental, que é dimensão da capacidade reflexiva do humano, é forma auto-organizativa de uma espécie viva em íntima dependência ecoplanetária. O direito socioambiental emerge como competência cognitiva do *nós* inscrito no universo, da reflexão humana sobre o seu próprio devir e o devir do mundo. A consideração dos direitos humanos em nossos dias pressupõe, pois, uma consideração holonômica em que a amplitude antropocoplanetária manifesta-se como condição necessária de compreensão. Isto necessariamente implica uma nova reorientação do jurídico, com ênfase não só nos direitos individuais, mas também nos direitos tradicionalmente chamados de segunda e terceira gerações, agrupados como *direitos sociais e difusos*, respectivamente, evitando-se a fragmentação nocional, as cisões entre vida-sociedade-norma e quaisquer tendências redutoras.

## 1. A compreensão da amplitude antropocoplanetária: condição para os direitos humanos

Constata-se um vínculo inextricável entre a esfera da sociedade humana e o conjunto da vida manifestada no cosmos, desde as organizações ativas macro e microcósmicas até os sistemas vivos. A compreensão de uma exige a compreensão da outra. Considerar o *αντροπός* sem o *όικος* é incidir numa abordagem infecunda e redutora. Assim, perceber a organização humana é referir à eco-organização, ao ecossistema em sua complexa manifestação genofenótica.

A eco-organização concerne ao complexo de interações/retroações

fenomênicas relativas a um movimento simultâneo de integração/adaptação/adoção e seleção constantes no *óikos*. Tange à dinâmica de vida e morte presentes na eco-organização a integrar e associar multidões de seres e espécies, a converter egoísmos, antagonismos, combates, devorações em um ciclo vital de solidariedade (cf. **Morin**, 1999, p. 57-59). Portanto, não subsiste apenas subjugação no âmbito da vida, mas também explode a morte, como preço pago à “grande solidariedade”. “A morte vem, não só da guerra de desgastes entre a desorganização e organização, mas também da luta pela vida, que é ao mesmo tempo luta contra a vida” (*id.*, *ibid.*, p. 58).

No antropossocial a subjugação, a exploração, a alienação, presentes também nos demais vivos, adquirem maior grau de complexificação em razão da linguagem e da cultura. A subjugação operada pelo homem em relação à natureza transfigurou a própria subjugação preexistente na natureza. Acarreta a subjugação do território, a sobreimpressão das regras sociais sobre as regras eco-organizadoras. A agricultura, a criação e domesticação de animais o revelam.

No final do século XIX e no século XX assiste-se a uma subjugação generalizada do ambiente. Multiplicam-se crises de biocenose<sup>1</sup>, quer pela introdução de espécies exógenas ao meio, quer pelo empobrecimento ecológico decorrente da desarborização em massa, quer pela degradação da complexidade em virtude da homogeneização monocultural. Emerge o problema da tecnosfera, a destruição e substituição da rotina pela técnica<sup>2</sup>. Como reverso da revolução industrial há a descomplexificação natural<sup>3</sup>.

Sucede, porém, ao se julgarem emancipadas da natureza, particularmente em razão da criação das

idades, as sociedades humanas tornam-se sobremodo tributárias desta. A ampliação agrícola desponta como exigência do reabastecimento maciço e regular das zonas urbanas. O homem busca, então, desenfreadamente, soluções tecnológicas a fim de reduzir os impactos ambientais produzidos pela própria tecnologia, numa impressionante submissão às máquinas artificiais.

Todavia, o homem está em intrínseca dependência da biosfera de quem se tornou subjugador. Os instrumentos de independência acirram a dependência. Quanto mais controla a natureza, mais ela o controla. A subjugação da natureza propicia a inter-subjugação humana.

Há, assim, uma retroação formidável: “quanto mais o homem possui a natureza, mais esta o possui”, mais sua dependência em relação ao meio se acirra (cf. **Morin**, 1999: pp. 73-74).

Somente uma amplitude antropocoplanetária é capaz de considerar a problemática ambiental adequadamente, que suplanta os âmbitos local, regional, nacional e continental e atinge o conjunto planetário, ou seja, a relação biosfera/humanidade. O circuito então se complexifica. Não mais é o antropossocial considerado isoladamente. Enraíza-se, ramifica-se, interage. Percebe-se o anelamento da vida, que é ecobioantropossocial<sup>4</sup>.

A eco-organização convida o homem a segui-la, uma vez que em tantos aspectos se encontra mais avançada. Por outro lado, a emergência humana comporta a possibilidade de guiar a natureza, mediante “um pensamento retrospectivo

e antecipador, uma estratégia de conjunto, uma consciência reflexiva, uma nova riqueza” (*id.*, *ibid.*: p. 94). Não é mais o *dominus* (Senhor) da Natureza<sup>5</sup>, tampouco seu pastor, mas seu copiloto, num sistema de dupla pilotagem. As sociedades aparecem como entidades emergentes, ordenadas mas inacabadas, cuja construção se dá mediante a

complexificação da linguagem. No homem, resulta não de uma inscrição genética, mas decorre da conjunção espírito-cérebro, que se desenha na cultura, no campo ritualístico-simbólico, na formação do Estado e da Nação e em sua reciprocidade umbilical.

O Estado “produz e monopoliza o capital de informações

organizadoras das leis, decretos, regulamentos”, enfim do ordenamento jurídico, as quais lhe conferem soberania. O Estado governa o corpo social, mas também participa de sua autoprodução e das transformações sociais (cf. **Morin**: 1999: 229).

É preciso conceber, entretanto, que nos seres vivos há uma contínua reorganização, regeneração, recorrência, não porque repetitivo, mas porque compreendido numa dimensão de *uno* que é plural/diversa/múltipla, que é ao mesmo tempo *retro* (retorno) e *meta* (dirige-se ao futuro). O *novamente* e o *de novo* manifestam-se no *novo*. No radical *re*, elevado ao nível do paradigma em **Morin**, reflete-se a pulsão vital da existência. O biológico que “pode computar os seus anéis recorrentes, o único que, repetindo-se, pode multiplicar-se, proliferar, disseminar-se, metamorfosear-se de modo desordenado em miríades e

## A SUBJUGAÇÃO OPERADA PELO HOMEM EM RELAÇÃO À NATUREZA TRANSFIGUROU A PRÓPRIA SUBJUGAÇÃO PREEXISTENTE NA NATUREZA

miríades de espirais auto, eco, sócio-organizadoras, inscrevendo-se sempre numa megapoliespiral da biosfera...” (*id.*, p. 321).

Na esfera antropossocial, esta recursividade confere-lhe um poder “quase indestrutível de recomeço/regeneração” que “mantém e conserva as sociedades humanas, as quais ao mesmo tempo são arrastadas nas espirais quebradas e recomeçadas da evolução e do tempo irreversível da história...” (*id.*, *ibid.*, 321).

## 2. Direitos humanos e reivindicações socioambientais?

É no arranjo e cooperação entre o Estado e as forças privadas que emerge a nova esfera pública. E esta necessariamente implica uma nova reorientação do jurídico, com ênfase não só nos direitos individuais, de mote essencialmente privatista e particularista, mas também nos direitos tradicionalmente chamados de segunda e terceira gerações, agrupados como *direitos sociais* e *difusos*, respectivamente. Esta maneira de abordagem dos direitos dividida em gerações é um tanto fragmentada e corresponde a uma perspectiva linear e um tanto reducionista dos direitos. Configura-se mais como uma forma didática de exposição da evolução dos direitos do homem em sociedade, mas a realidade é mais complexa e é mais bem entendida sob um prisma integral.

Neste sentido se pode ler:

*“Por el contrario, opto desde un principio por una visión integral de los derechos del hombre en la que tengan cabida los derechos civiles y políticos y los derechos sociales siendo consciente de que esta elección no resuelve muchas tensiones y de los problemas de coordinación que surgen entre los derechos de libertad y los derechos de igualdad. Pero, es que estoy convencido de que sin una mínima igualdad ma-*

*terial, sin unas mínimas posibilidades de acceso a educación, salud, alimento, etc., no es posible el ejercicio de la libertad individual” (Pisón, 1998: 77).*

Esta compreensão integral se apresenta bastante próxima daquela de **Habermas**, ao vincular direitos e esfera pública. Para Habermas, os direitos fundamentais de cunho eminentemente privatista, defendido por um direito privado, e em cuja base se erige a “garantia institucional da propriedade privada”, não podem mais ser interpretados como limitações fundamentais aos direitos sociais, porquanto coexistem em íntima reciprocidade. Uns e outros se encontram em mútua dependência, brotada de sua própria natureza. E isso afeta umbilicalmente o capitalismo concorrencial, cuja alavanca é a garantia de uma esfera privada (cf. Habermas, 1987: 265).

Embora se possa detectar com certa precisão quando se evidenciaram mais certos direitos que outros, não se podem compreender, no atual estágio de desenvolvimento jurídico, uns sem os outros, como se tratassem de gerações autônomas e isoladas.

Porque, em verdade, as chamadas gerações de direitos se implicam mutuamente. E não devem ser consideradas de modo fragmentado, compartimentado, o que equivale a uma visão inexata e simplificada do legado diversificado e, ao mesmo tempo, de vinculação entre os valores defendidos pelos chamados *direitos civis e políticos*, *direitos sociais* e também os *direitos difusos*, ou seja, os valores de *liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade*, respectivamente<sup>6</sup>. A este propósito, Pisón esclarece:

*“Por eso, parece más convincente señalar que, en realidad, libertad, igualdad y solidaridad son conceptos que han ido modulándose a lo largo de la historia de acuerdo con las cir-*

*cunstancias y experiencias concretas, incluso mucho antes de que alcanzasen semejante fama, y que, con ello, en momento actual, existe un variado legado de significados de cada uno de estos valores fundantes que, sin duda, enriquecen el panorama teórico, pero que difícilmente pueden simplificarse en esta visión generacional de los derechos” (Pisón, 1998: 73).*

Todavia, é forçoso reconhecer que, a despeito destas inconsistências, existe um substrato comum, uma visão integral do ser humano, por trás dos fundamentos e pressupostos das gerações de direitos: “uma mesma visão do ser humano e de suas qualidades, uma penetração dos valores ‘liberdade’ e ‘igualdade’ e o desejo de construir uma sociedade mais justa. E é que, desde suas origens, a distinção entre direitos civil, direitos políticos e direitos sociais não é, em absoluto, nada clara” (*id.*, 75, tradução do autor).

Este reconhecimento nos afasta da visão compartimentada dos direitos, que incidiu até no equívoco de sobrepor alguns direitos fundamentais a outros, tomando-os por absolutos, em sério detrimento do humano como um todo. Esta perspectiva seccionada gerou até mesmo a confusão, mediante uma interpretação conservadora, de que os primeiros direitos corresponderiam aos direitos dos países democrático-liberais e os de segunda seriam expressão de direitos socialistas. Tal postura, reducionista, causou a estigmatização dos direitos sociais, enquanto se entronizava os individuais e políticos, tomando-se os últimos, pelo viés liberal, como “absolutos, universais e inalienáveis, e aqueles, ao contrário, como direitos relativos, particulares e alienáveis” (cf. *id.*, *loc. cit.*, tradução do autor).

Ora, deslocar os direitos do âmbito social e real onde se exercem ou se realizam, ou mesmo enfocá-los sem a consideração da própria



regulação jurídica, é descaracterizar o direito em sua própria natureza e origem, eminentemente social. É, sem dúvida, uma compreensão reducionista. Pode servir a alguns propósitos individuais ou de grupos restritos, mas não serve à sociedade enquanto tal. Tomar o direito sob o enfoque da sua limitação, quer da autorregulação no sistema jurídico, quer da regulação pelas condições externas, é operar o seu “desencantamento”, termo usado por Habermas para indicar o fenômeno de uma compreensão mais ampla do ordenamento operada por meio das ciências sociais. Significa perceber que o direito não é onipotente, qual uma “chave capaz de mediar todas as relações sociais” (cf. Habermas, 1997: 66 ss.).

Existem, então, elementos de concepção de direitos que favoreçam a superação de uma fisionomia individualista e privatista sem perder a força da segurança jurídica? Em que a mobilização das comunidades pode favorecer esta nova configuração jurídica metaindividual?

Habermas refere-se a uma situação emblemática havida na conferência de Viena. Naquela ocasião, comunidades de tradição confucionista do Oriente (Singapura, Malásia, Taiwan, China) por meio de manifestações estratégicas de seus representantes governamentais<sup>7</sup> buscaram uma resposta a esta questão ao fazerem constar objeções ao sistema jurídico ocidental que releva os direitos humanos em base individualista. Refletem o debate inaugurado com os *Shared Values* (Valores compartilhados), de 1991, divulgado por parte do governo de

Singapura, Malásia, bem como a declaração de Bangkok de 1993, formulada em conjunto por Singapura, Malásia, Taiwan e China. A alteridade presente no pluralismo cosmopolita do atual processo de globalização insta a uma nova concepção do direito (cf. Habermas, 2003: 76).

Por trás destas críticas, todavia, evidenciam-se também elementos estratégicos que camuflam ou tentam legitimar, com ênfase no aspecto cultural, um autoritarismo mais ou menos “suave” de ditaduras desenvolvimentistas, porque também estas tradições amparam-se num sistema de segurança jurídica que permita “previsibilidade, franqueza e confiabilidade”. O problema posto desta forma desloca-se equivocadamente de seu epicentro: a modernização capitalista em que estão

se envolvendo esses países absorve também o modelo jurídico de base individual que este propicia. A questão deve colocar-se no nível de comunicação entre os sujeitos de direito, enfocar a integração dos direitos privados com os direitos públicos, pela consideração mútua dos direitos subjetivos e

coletivos, no aprofundamento das normas de convivência, em base dinâmica e dialogal (cf. Habermas, *ibid.*, 77-82).

### 3. Direitos humanos de base comunitária?

As comunidades, no sentido de populações locais ou tradicionais, evidentemente não possuem técnicas elaboradas de organização e de defesa de seus interesses maiores. São manifestações espontâneas, intuitivas, de associativismo em

virtude de uma causa relevante e comum. Mas são relações também perpassadas pela ambiguidade, enquanto no interior das comunidades subsistam disputas, tensões, interesses divergentes. E geralmente engendradas por influências externas, por manipulação ideológica.

Assim, quando se pensa em mobilização comunitária se deve pensar primeiramente no conceito mesmo de comunidade:

“A comunidade é a fusão do sentimento e do pensamento, da tradição e da ligação intencional, da participação e da volição (...). O elemento fundamental do liame comunitário é a antítese, real ou imaginária, representada no mesmo ambiente social pelas relações não comunitárias de competição ou conflito, utilidade ou consentimento contratual” (Nisbet, 1998: 257).

Na comunidade subsiste então um movimento antagônico, de *fusão* e de *antítese*, mesmo que aconteça em consequência de relações não comunitárias, mas cuja expressão se dá na comunidade, e se torne ali um elemento constitutivo e determinante. A comunidade não é, pois, um todo harmônico e compacto. Há de se construir na tensão, na competição, no pacto recíproco de convivência, na absorção do útil... Os elementos vinculantes dos membros da comunidade – a socialização, a vontade, a tradição, a participação – respaldam a vida comum e são o fundamento da mobilização em torno de um mesmo objetivo.

A noção de comunidade, muito útil no empenho de construção de um direito socioambiental de índole coletivista, é permeada também pelos paroxismos da condição humana. **Martin Buber**, ao refletir exclusivamente sobre a comunidade, já detecta a tensão, o anseio comunitário, que é a própria força propulsora da comunidade, e a sensação de impotência humana em criá-la:

“Para que a comunidade seja construída; para que o destino da ‘evolução inevitável’ em direção à descomunização (*Entgemeinschaftung*) definitiva seja rompido: para que a mudança, a verdadeira revolução aconteça – para isso é necessário o inaudito, que funda a comunidade. Parece que esta força anda escassa em nosso tempo. Os homens de hoje aspiram tão apaixonadamente à comunidade e parecem não possuir a força para criá-la. E, no entanto, esta força vive nas profundezas da geração. Cega, tateante, falhante, desprezada, incompreendida, mal usada; matando onde deveria supostamente criar, destruindo onde deveria construir; inconsciente de seu nome e de sua missão; consumindo-se a si própria, pelo mau uso, em enganos; e mesmo assim ela vive indestrutível, esparsa, como centelhas, em todas as almas, ardendo, poderosa. Quem irá recolhê-la, orientá-la, conduzi-la?”<sup>8</sup> (Buber, 1987: 59)

O processo de “descomunização” acima referido tem sua gênese justamente no acento em uma civilização societária e estatal. O Estado desempenha, então, duplo papel na perspectiva da categoria “comunidade”: uma ênfase demasiadamente estatal pode conduzir à descomunização, uma sujeição das forças comunitárias, nos moldes civilizatórios praticados no Ocidente<sup>9</sup>; e, por outro lado, o Estado pode significar, mediante a interação com a comunidade, um elemento a reforçar a autonomia e o poder local. O desenvolvimento de nossa reflexão, neste ponto, encontra a intersecção entre as várias categorias até agora analisadas: a nova esfera pública, a emancipação social, os direitos socioambientais exigem uma nova ótica acerca da comunidade, também como elemento da sociedade civil organizada. **Maria da Glória Gohn** apresenta uma proveitosa síntese neste sentido:

“Do ponto de vista de uma teoria da emancipação social, interessa-nos destacar a apropriação do termo comunidade, no início deste novo milênio,

como espaço de liberdade e de realização de utopias, pondo no centro do debate novas abordagens sobre a esfera pública (...). A comunidade neste sentido é associada à ideia de poder local, outra categoria que saiu da concepção tradicional de poder das elites locais para significar a força local organizada. A comunidade passa a ser vista como parcela da sociedade civil organizada. A diferença atual – em relação aos anos 80, é que esta comunidade não está mais de costas ou contra o Estado; ao contrário, ela é convocada a participar e interagir com os poderes constituídos e parte de sua força advém dessa interação” (Gohn, 2005: 58-59).

Não se pode tomar as comunidades, inclusive as tradicionais<sup>10</sup>, como um todo homogêneo. É, pois, exigente considerar e conceber a complexidade de uma ação organizada engendrada no seio da comunidade em prol de um interesse único e comum<sup>11</sup>. E isto é particularmente verdadeiro nas sociedades cada vez mais plurais e cosmopolitas, quer do Ocidente, quer do Oriente, em razão do processo de globalização.

Há que se buscar um direito *sui generis* para a compreensão das especificidades das populações tradicionais, particularmente das autóctones, como os indígenas.

É certo que um direito estatal, permeado pela mundivisão hegemônica ocidental e capitalista, não compreende as diferenças culturais dos povos autóctones, das populações locais e tradicionais, nem oferece garantias aos conhecimentos tradicionais e ao patrimônio natural. Por outro lado, a dialética social revela o gigantesco desafio em reverter o processo atual de desenvolvimento capitalista mesmo em direção às comunidades tradicionais.

Não obstante, constata-se a existência de muitas ordens e desordens no interior desses fenômenos e não de uma única ordem imperante (e tampouco de um conceito de desordem igualmente uno). Certamente que uma análise desta na-

tureza, com um olhar assim ordenado e unívoco, que é, ao que nos parece, ainda muito difundida nos meios jurídicos, simplificaria nossa avaliação fenomênica e a tornaria muito mais palatável. Todavia, não corresponderia às coisas como elas são, porquanto reduziria sensivelmente a análise a pontos estanques, deslocados e se perderia a noção de totalidade. O direito não é um corpo monolítico, cuja formatação é dada unidirecionalmente pela norma posta e, deste modo, destituído de vulnerabilidades às intempéries sociais. Ainda que vise à ordem, muitas vezes nele o que predomina é a desordem, e tantas vezes promove-a no seio social, mesmo que pretenda o contrário. Subsiste sob o véu do ordenamento uma turbulência social, a descoberto das normas e da pretensa validade universal da norma.

Evidentemente que as normas ou o conjunto delas tende à organização e à estabilidade. Todavia, por conta da sua intrínseca relação com o corpo social, com os macro e micro-organismos do tecido da sociedade dos quais se origina e para os quais se destina, a sua tendência se inverte e acaba pendendo para a instabilidade, muito mais que para a estabilidade e isto é particularmente verdadeiro num mundo em constante mutação como o nosso. E mais ainda numa sociedade de contrastes tão acentuados como a brasileira, em diversos níveis – de composição da população, de estratificação social, de etnias e miscigenações multifacetadas, de pluralismo cultural, de organizações políticas variadas e inconstantes... Mesmo aqui há organização e ordens que resistem à desordem, ou nela são geradas: é a tensão/resistência entre *ουβρις* e *δικε*<sup>12</sup> (...). Em contrapartida, ante a permanência da lei, subsiste a desordem social. Muitas vezes, quando as leis sig-

nificam uma transformação social, uma mudança de padrões de condutas ou paradigmas, pode resultar no seio social um fenômeno de resistência. O inverso é igualmente verdadeiro: o ordenamento pode servir de resistências às mudanças sociais. Em geral, a mudança das leis não acompanha o ritmo da dinâmica social.

A peculiaridade das comunidades indígenas, por exemplo, desafia a visão unívoca do Estado como única fonte de direito:

“Significa abandonar, em primeiro lugar, o estatalismo, isto é, a crença de que só existe direito onde haja Estado. Isso é uma ilusão hoje dominante que deforma o entendimento e as práticas do direito. Em verdade, as práticas antecedem o Estado. Isso é evidente nas comunidades indígenas amazônicas. Além disso, existem grupos indígenas que urdem milenarmente normas jurídicas a fim de que nunca surja a possibilidade de emergência do Estado. Não são simplesmente sociedade sem Estado, mas sociedade contra o Estado, que tecem normas no sentido do chefe nunca deter o comando, mantendo, assim, o poder político na coletividade” (Aguilar, 1998:29).<sup>13</sup>

Da mesma forma, a tensão entre um projeto jurídico de ênfase coletiva e a segurança que permite a autodeterminação dos povos oriunda dos direitos individuais solicita uma postura que tanja tanto ao público como o privado, mutuamente imbricados.

Além das peculiaridades das comunidades, emerge uma configuração eminentemente transindividual (ou superindividual) do direito e insere-se no âmbito dos interesses coletivos e até mesmo dos interesses difusos (cf. Nardy, 2001: 114-5).

Os interesses difusos, por conta de sua própria natureza fluida e de uma subjetividade que supera a precisão individual, são impregnados de elevada carga conflituosa, em que os outros interesses sociais

contrapostos emergem. Um grupo ou parcela significativa da coletividade pode se opor, em seus próprios interesses, a uma comunidade quando defende determinados interesses difusos, como por exemplo, a proteção de uma área florestada.

A situação se resolve pela “prevalência de determinada utilidade protegida, estabelecida como resultado de uma operação de valoração que o Direito faz dos diversos interesses contrapostos” (Nardy, *ibid.*, 115). Assim, a operação valorativa tende a reconhecer o plano da metaindividualidade. Ainda que concebido num espectro de fluidez, a prevalência dos interesses difusos resulta da própria essência e utilidade dos interesses defendidos, a incorporar também o respeito aos indivíduos ou a um grupo específico.

Mas subsistem sérias indagações: em que medida a mudança na elaboração e inteligibilidade do direito socioambiental pode reverter o angustiante processo de evolução da política ambiental brasileira? Há perspectivas salutares encaminhadas pela sociedade nas suas reivindicações ecológicas? Como o movimento ambiental se coloca ante esses desafios?

Numa tentativa de esboçarmos soluções a estas dúvidas, teremos que tocar num aspecto crucial do problema: a reflexão acerca dos sujeitos coletivos de direito num prisma socioambiental.

#### 4. Sujeitos coletivos de direito na ótica do direito socioambiental

Para efeito deste tópico, tomamos como objeto principal de re-

flexão o confronto de duas grandes obras acerca do direito, do Estado e da sociedade e que, a nosso ver, têm estreita ligação com os temas dos quais nos ocupamos até agora. Trata-se de formidáveis obras: de **Pierre Clastres**, *A sociedade contra o Estado* (2003) e de **Ronald Dworkin**, *O império do Direito* (2003). São posições muito distintas, às vezes antagônicas, acerca de elementos cruciais de nossa análise. Por isso, cremos que um confronto de ambas será de valor altamente elucidativo e nos propiciará critérios bastantes para nossas próprias conclusões. Servir-nos-emos também de outros textos, na qualidade de subsídios ao debate.

A formação mesma dos autores em destaque evidencia, desde logo, um distinto ponto de partida. Dworkin é considerado por muitos o maior filósofo do direito atualmente e Clastres, morto prematuramente num acidente automobilístico, primou por um trabalho antropológico de alta qualidade, que transformou conceitos solidificados na

ciência e favoreceu formas diversificadas de olhar a realidade antropossocial.

A obra de Dworkin, impecável quando concebida no âmbito das interpretações particularizadas e pontuais, é muito favorecida por uma lógica precisa e bem encaminhada, nos moldes das ponderações jurídicas tradicionais. Mas, em nossa modesta opinião, em alguns momentos fundamentais, carece de uma visão holonômica a ser emprestada de outras ciências humanas e sociais. Daí a contribuição decisiva de Clastres. Um exemplo

OS INTERESSES  
DIFUSOS SÃO  
IMPREGNADOS DE  
ELEVADA CARGA  
CONFLITUOSA, EM  
QUE OS OUTROS  
INTERESSES  
SOCIAIS  
CONTRAPOSTOS  
EMERGEM

fornecido por Dworkin (2003: 25 e ss.), acerca de um caso sobre uma barragem impedida pela proteção de uma espécie de peixes endógena de uma determinada região americana – o *snail dater* –, é ilustrativo. O autor tende a assumir uma posição favorável à solução jurídica do caso pela barragem, imbuído de uma ótica de progresso social em detrimento de uma única espécie de “peixinhos”. Todavia, um militante socioambiental, com maior atenção, percebe a fragilidade deste ponto de vista: desconsideram-se os vínculos vitais do universo e a importância ecossistêmica de qualquer espécie, mesmo que aparentemente insignificante. Emerge, pois, para nós, o problema crucial da atual reflexão jurídica e das teorias presentes: um direito destinado a questões particularizadas, atomizadas, que padece de uma visão fragmentada, embora impecável sob o ponto de vista de uma lógica linear, unidirecional. Serve para os casos específicos e concretos, de imediato, mas desserve ao todo, a médio e longo prazos. Um direito assim concebido ainda está fortemente arraigado às premissas de um direito civilista, individualista, com base na propriedade individual e “quase” absoluta, de tradição ocidental e românica. Conceito, que como se demonstrará a seguir com base na obra de Clastres, inexistente no ideal coletivista das sociedades arcaicas.

Ao optar por se deter nos critérios internos de uma crítica às teorias jurídicas tradicionais, parece que Dworkin acaba por desprestigiar aquilo que seria fundamental<sup>14</sup> para um avanço ainda mais significativo da reflexão jurídica: uma teoria “integral” do direito, como ele bem se propõe, necessita da crítica interna (com base na lógica do próprio desenvolvimento interno do direito e na forma em que se sucedem as legislações e decisões jurí-

dicas) e de uma crítica externa (de base eminentemente sociológica, antropológica). A visão holonômica aqui nos parece primordial. Sem a visão holonômica, subtraem-se do direito os limites de suas origens, os problemas essenciais da nomenclatura e das ideologias influentes no processo legiferante e nos processos decisórios. O autor mesmo parece notar essas incongruências ao apontar a forma moderada do convencionalismo jurídico como uma espécie de negação dele mesmo (Dworkin, *ib.*: 156). Não se está com uma concepção idealizada de povo, comum às democracias?

São muitos os elementos presentes na obra que merecem não breves reflexões, mas nos fixaremos na nossa proposta inicial e essencial: a questão dos sujeitos coletivos de direito. Para se perceber os sujeitos coletivos de direito é fundamental inserir a questão no bojo da formação sócio-política do ocidente, especialmente derivada da constituição de sociedade de base capitalista. As determinantes estruturais do sistema e suas tendências explicam o porquê de um direito de base individual. A necessidade da propriedade particular e de sua defesa forjou um aparato jurídico a sustentá-la. No Brasil e na América Latina, a oposição a este modo de legitimação social mediante o sujeito individual deriva, especialmente, do antagonismo dos movimentos sociais, gestados no curso da década de 70, às formas repressivas do Estado e exigiam a instituição de um novo paradigma jurídico (cf. **Telles**, 1984 e **Sousa Jr.**, 2002:3).

### **5. A educação para os direitos humanos na perspectiva da integração socioambiental e comunitária**

A concepção dos direitos humanos de forma integral como nos propomos nesta abordagem é, *per*

*si*, um elemento educacional propulsor de uma mentalidade nova no âmbito jurídico. Implica uma transformação racional em vista da conservação da vida na terra. Há muitos pensadores mesmo ocidentais que induzem a uma leitura desta natureza. **Aristóteles**, em sua “Ética a Nicômaco”, livro I, ao divisar a existência de distintos fins para as ações humanas, destaca o “bem” como o fim principal, ao qual se dirigem e submetem os demais. E a ética consiste justamente em possibilidade de realização deste fim almejado sobremodo, caracterizado com o “bem universal”. Inverter o processo de mau funcionamento de algo em via de destruição ou ausência em algo de bom, de construtivo, é possibilitar a concretização do projeto humano fundamental, do vir a si, em vista do bem primordial (cf. Aristóteles, 2006). O que não é torna-se o que é. Isto se aplica tanto à esfera privada como à pública, tanto ao que é individual como ao que é comum, tanto ao homem, quanto à natureza. É certo que a compreensão do bem comporta também polissemias e polêmicas. Mas é certo também que há consensos mínimos em torno do que seja melhor e possibilite uma qualidade de vida superior ao conjunto dos seres do planeta. E há necessidade de ganho de lucidez e ampliação da consciência coletiva em torno das causas socioambientais, de cuja solução dependemos todos nós. É sobre esses pilares que se funda a educação para os direitos socioambientais. A audição e a compreensão das peculiaridades comunitárias e suas reivindicações abrem canais para a compreensão holonômica da vida humana. Permitem entrever frestas e janelas antes obnubiladas. Portanto, a educação para os direitos humanos passa necessariamente pela experiência comunitária, não como fonte exclusiva, mas como fonte

concomitante do direito e da prática jurídica.

A cidadania participativa, no âmbito de uma democracia deliberativa, é, a nosso ver, forma apropriada para se entrever caminhos adequados de consenso e de respeito à diversidade e pluralidade. Mas é ao mesmo tempo exigente, porquanto não se faz sem a dialética dos processos humanos em geral nem sem as disputas inerentes ao conjunto social. E permanece aberta e suscetível à crítica argumentativa, o que lhe imprime um caráter provisório e dinâmico.

O enredamento dos atores sociais engajados é forma das comunidades empoderarem-se em vista de suas reivindicações comuns. Movimentos sociais, ONGs, universidades, igrejas, ministério público, membros do legislativo e executivo têm se unido em torno de causas comuns em diversas ações e lugares. E o trabalho conjunto muitas vezes têm resultado em ganhos socioambientais, a despeito das resistências arraigadas em setores já fortalecidos e cuja hegemonia, sobretudo na órbita econômica, se tornaram comuns na vida social. A educação, sem dúvida, é fator decisivo na configuração da *resiliência* social – ou seja, na criação de capacidade de resistência e de recomposição das comunidades atingidas pela destruição ambiental, pauperização e precariedade social a fim de conquistar a emancipação social.

## Conclusão

Do exposto, conclui-se que é mister compatibilizar o ideal de emancipação ecossociopolítica com a rediscussão da centralidade do Estado e do princípio do Estado na elaboração dos direitos humanos, que deve ser perpassada pela ação comunitária e a participação cidadã como fonte concomitante de direito. A educação aqui entendida é o

processo integral de ação comunitária em vista do projeto humano essencial, cuja natureza primordial demanda necessariamente a compreensão do enfeixamento interativo das relações ecoplanetárias. ■

## Notas

1 A biocenose consiste no conjunto de interações entre seres vivos de todas as espécies de um biótipo – Morin, 1999:21.

2 Como exemplo temos o envenenamento tecnouímico derivado do uso de pesticidas.

3 A descomplexão equivale ao processo de redução ou anulamento da complexidade existente naturalmente, a tentativa de simplificação do que é complexo mediante instrumentos técnicos e/ou artificiais.

4 Portanto, a análise que daqui emerge é de caráter holonômico. *Holonomia* é termo oriundo da física que supõe a generalização de vínculos entre as partes na formação do todo. Constituída do prefixo grego *holos* – relativo ao todo, ao inteiro e do sufixo também grego, *nomos*, que em nosso vernáculo se traduz por norma, regra, lei. A holonomia contempla os vínculos e não-vínculos entre as partes do todo.

5 A este propósito, escrevemos um artigo, intitulado *Ética e espiritualidade em favor da vida no Universo*, publicado em abril de 2005, na revista *Convergência*, em que tratamos justamente da relação de dominação da qual está imbuído o pensamento espiritual ocidental e da necessidade de superá-lo em favor duma nova postura ecológica. Trata-se de uma reflexão originada duma mesa redonda acontecida no II Seminário Internacional de Gestão Ambiental da USP- campus de Piracicaba (ESALQ)

6 No tocante a relação existente entre os valores gerais e as gerações de direito, recomendamos a leitura da exposição da obra de Pisón (1998), p. 69-74, mormente, em que o autor desvela, com propriedade e senso crítico, a teoria geracional de direitos. Não nos deteremos nesta discussão aqui, porquanto não seja objeto primário de nossa abordagem e em razão de não a considerarmos relevante pra efeito deste estudo. Há perspectivas um pouco diferenciadas, como a de Barbalet (1989), que se refere aos direitos industriais, assim entendidos os relativos ao âmbito das relações decorrentes do processo de avanço tecnológico/industrial e suas consequências sobre as forças produtivas e laborais.

7 Em parte aliadas às contribuições de intelectuais de oposição e independentes, em parte, sobrepostas a estas (cf. Habermas, 2003:76).

8 É extremamente interessante notar a resposta que este grande filósofo judeu, Martin Buber, dá a esta resposta no desenvolvimento do texto. Coerente com sua forma de abordagem holonômica, em que a alteridade é a janela essencial de reconhecimento do universo e das relações antropossociais, o autor encontra a força motriz agregante no princípio da comunidade justamente no sentido humano de transcendência (ao qual denomina especificamente “desejo humano por Deus”). Buber, muito antes do esforço transdis-

ciplinar hodierno de congregar os saberes, busca associar a noção de Deus, para além das denominações religiosas, como elemento agregador no tecido social. Como não pretendemos entrar nestes meandros, basta aqui a referência, mesmo por fidelidade à nossa proposta transdisciplinar, sem, contudo fugirmos ao nosso escopo original.

9 Observação já constante em Ferdinand Tonnies, de 1887: “E desde que a cultura toda se transformou em civilização societária e estatal, a própria cultura, nesta sua forma transformada, chega ao fim; a não ser que suas sementes esparsas permaneçam vivas e a essência e as idéias de comunidade sejam realimentadas e se desenvolvam, secretamente, no seio da cultura” (*apud* Buber, 1987: 49).

10 Até mesmo as indígenas não podem ser tomadas homogeneamente. Os antagonismo e complexidade também se fazem presentes em seu seio, por mais que tenhamos uma concepção ingênua e simplista de seu modo de vida e associação. Neste sentido, é elucidativa a obra de Clastres (2003). Note-se, p. ex., a reflexão do autor acerca do conflito em sociedades indígenas: “Mas será que essa homogeneidade existe integralmente em todos os níveis da existência social? afirmá-lo conduziria à ideia de que as sociedades arcaicas são como tais, sociedades simples, e que divergência ou conflito estão ausentes de sua sociologia... As sociedades primitivas, tal como as sociedades ocidentais, sabem perfeitamente preservar a possibilidade da diferença na identidade, da alteridade no homogêneo; e nessa recusa do mecanicismo pode-se ler o signo de sua criatividade” (Clastres, 2003: 76-78).

11 Note-se, por exemplo, o constante no trecho seguinte: “A hidrelétrica foi construída e toda comunidade indígena da Montanha foi forçada a se transferir para a Reserva de Mãe Maria, ocupada por outros grupos de Gavião, com os quais os Gavião da Montanha mantinham rivalidades. Até hoje eles continuam nessas condições, vivendo de ‘favor’, segundo Paiaré” (Rocha, 2003, p.13). Como se percebe, numa mesma etnia, circunscrita a um território contíguo ou próximo, há rivalidades nas comunidades indígenas – que são ilustrativas de populações tradicionais. Daí que é mister uma consideração peculiar do grupo e de suas particularidades históricas de formação, sobrevivência e relações.

12 Na mitologia grega, a *Ubris* representa o excesso, a desmedida, e assim, a dinâmica e a *diké*, a norma, o estatuído.

13 No mesmo sentido se pode ler Clastres, 2003: 43-63, sobre a troca de poder em torno da filosofia da chefia indígena, e 207-234, capítulo justamente intitulado “A sociedade contra o Estado”, em que se aborda os mecanismos de controle de poder, de coletivização do poder e formas de obstar a emergência estatal nas sociedades indígenas.

14 Em absoluto desqualificamos aqui as valiosas contribuições do autor. Para nós, realmente sua obra significa um avanço gradual para uma nova abordagem jurídica. O que pretendemos é apenas contribuir para uma visão ainda mais abrangente do direito, sem a qual julgamos impossível uma transformação substancial das práticas sociais. Queremos dialogar com o autor, simplesmente, opondo-lhe algumas das preciosas contribuições advindas de outras ciências. Mas reconhecemos: muitas das contribuições do autor

são imprescindíveis porquanto desconstrói uma série de teorias jurídicas em cujo alicerce se viam alicerçadas práticas jurídicas pouco favoráveis socialmente, como o convencionalismo e o pragmatismo.

## Referências

AGUIAR, R. A. R. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente/Ibama, 1998.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antonio C. Caieiro. Livros Quetzal, 2006.

BARBALET, J. M. *A cidadania*. Lisboa: Estampa, 1989.

CAIEIRO, A. C. "Introdução". In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antonio C. Caieiro. Livros Quetzal, 2006.

BUBER, M. *Sobre comunidade*. São Paulo: Perspectiva, 1987.

CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

DWORKIN, R. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOHN, M. G. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2005.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. "Sobre a legitimação pelos direitos humanos". In: MERLE, J.C; MOREIRA, L (org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MORIN, E. *O método: II. A vida da vida*. 3. ed. Trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Publicações Europa-América, 1999.

NARDY, A. J. F. "Que papel pode desempenhar o compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de proteção da Mata Atlântica?" In: LIMA, A. (org.). *Aspectos jurídicos da Mata Atlântica*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2001, pp. 108-121.

NISBET, R. A. Comunidade. In: Forachi, M. M.; MARTINS, J. S. *Sociologia e Sociedade* (leituras de introdução à Sociologia). 19. tiragem. Rio de Janeiro: LTC – livros técnicos e científicos editora, 1998, p. 255-261.

PEREIRA, M. H. Ética e espiritualidade em favor da vida no Universo. In: *Revista Convergência/CRB* (Rio de Janeiro), março/2005, ano XL, n. 380, pp. 118-128.

PISON, J. M. *Políticas de bienestar: un estudio sobre los derechos sociales*. Madrid: Tecnos, 1998.

ROCHA, Ana Flávia org. *A defesa dos direitos socioambientais no Judiciário*. São Paulo: Instituto Sociambiental, 2003.

SOUSA JR. J. G. "Movimentos sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito". In: SOUSA JR. J. G. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2002

TELLES, V. S. *A experiência do autoritarismo e práticas instituintes*. Dissertação de Mestrado, USP, 1984.

# ALTERAÇÕES NO REGÍME DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Gerson Luiz Carlos Branco | gerson@gersonbranco.com.br

Advogado

Doutor em Direito (UFRGS)

Professor em Direito Civil

## Excertos

*"O contrato preliminar de que tratam os arts. 462 a 466 do Código Civil não diz respeito ao compromisso de compra e venda"*

*"A partir do advento do Código Civil, a ação de adjudicação compulsória proposta com fundamento no compromisso de compra e venda tem um só nome e um duplo regime de eficácia"*

*"No caso do compromisso não registrado o comprador tem ação pessoal e terá direito de propor a ação de adjudicação compulsória de que tratam os artigos 16 e 22 do Decreto-lei 58/37, que nada mais é do que uma demanda cujo objetivo é a condenação da parte a emissão de uma declaração de vontade, que é suprida pelo juiz, servindo a sentença como título para ser registrado, conforme os comandos dos artigos 466 B e C do Código de Processo Civil"*

*"Por isso é equivocada a afirmação segundo a qual o compromisso de compra e venda precisará ser registrado para que haja a oposição de embargos de terceiro para proteção dos direitos do comprador que seja possuidor"*

Desde 1937, quando da edição do Decreto-lei 58, tem sido travado um contínuo debate pela jurisprudência e doutrina a respeito da forma de execução de algumas das obrigações do compromisso de compra e venda, em especial a execução da obrigação de transferir a propriedade do bem imóvel pelo vendedor. Com a edição do Código Civil vigente no ano de 2003 tais dúvidas foram ampliadas em razão da forma como a matéria foi tratada, o que determina o objetivo deste artigo, que é provocar o debate a respeito da existência de um "conjunto" normativo formado por diferentes leis que regulam essa modalidade de contrato de compra e venda, a partir do qual se pode identificar o regime do cumprimento das obrigações derivadas de tal tipo contratual, desde que interpretados no contexto da formação do modelo jurídico que o tipo representa<sup>1</sup>.

É preciso verificar os efeitos da vigência do Código Civil sobre o regime dos efeitos dos contratos, em

especial no que se refere aos mecanismos para tutela de tais efeitos, seja no plano obrigacional, seja no plano do direito real. Sob o ponto de vista prático, será necessário examinar se houve alteração das hipóteses em que será possível a propositura da ação de embargos de terceiro, da adjudicação compulsória e da ação de nunciação de obra nova com fundamento no compromisso de compra e venda. Em especial, deve-se discutir a vigência das Súmulas 84<sup>2</sup> e 239<sup>3</sup> do Superior Tribunal de Justiça, editadas anteriormente ao Código Civil de 2003.

Embora a investigação proposta neste artigo seja predominantemente pragmática e dogmática, dele é pressuposto a indispensabilidade de estudo do direito privado a partir de sua perspectiva histórica<sup>4</sup>, bem como do estudo dos contratos e seus efeitos a partir da experiência social, já que o próprio conceito de contrato é indissociável dos fatos sociais e das exigências valorativas de um determinado momento histórico. Ou seja, a compreensão do modelo jurídico do “compromisso de compra e venda” somente pode se dar a partir da leitura de um conjunto de elementos, de ordem histórica, social, valorativa e normativa, que determinam a sua estrutura e funcionalidade<sup>5</sup>.

A análise das leis necessárias à compreensão da matéria, editadas ao longo de oito décadas, exige a visualização do Código Civil vigente como um “eixo” do direito privado.

Nessa perspectiva também é integrado o estudo da eficácia e da efetividade, pois em modelos jurídicos como o compromisso de compra e venda não há como separar e compartimentar o direito privado e o direito processual civil em áreas estanques. É preciso compreender as diferenças principiológicas, mas não se pode esquecer que na “vida de relação” o destinatário da norma é o cidadão comum, cuja preocupação é fundamentalmente com a efetividade.

Embora ditadas ao longo de oito décadas, as leis que regulamentaram o compromisso de compra e venda estão alinhadas sob o ponto de vista principiológico, pois a socialidade e a funcionalidade foram uma marca comum que pode ser vista tanto no Decreto-lei 58/37 às reformas processuais das últimas duas décadas para facilitar a execução das obrigações de fazer.

Por isso, não se pode deixar de acentuar que o tipo legal nasceu com o Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937<sup>6</sup>, editado para conter parte das consequências sociais e econômicas da industrialização e do êxodo rural<sup>7</sup>.

Na época havia um processo de transformação da realidade econômica brasileira, na qual o país deixava de ser predominantemente agrário para ter nas cidades a maior concentração das populações e também de sua atividade econômica. O desenho da vida agrária e da vida urbana foi alterado substancialmente durante essa época, cujo marco pode ser a revolução de 1930. Enquanto no meio rural começa a surgir o problema do êxodo e o agravamento dos conflitos pela terra, nas periferias das cidades a terra começa a ser dividida pelos especuladores imobiliários.

O contrato de compra e venda, na forma como estava regulado no Código Civil de 1916, não tutelava os interesses dos que não eram proprietários ou não tinham condições de comprar um imóvel à vista. Os trabalhadores e a classe média urbana e todos aqueles que só poderiam adquirir algum bem mediante pagamento parcelado eram excluídos da possibilidade de comprar ou ficavam nas mãos dos especuladores, que

recebiam as parcelas do preço e depois se negavam a transmitir o imóvel, usando como fundamento jurídico a regra do art. 1.088<sup>8</sup> do Código Civil vigente na época, que facultava o arrependimento, cabendo à parte apenas devolver o que havia recebido, sem que houvesse uma reparação integral. No máximo havia a restituição do preço pago com juros.

O exercício do arrependimento pelo comprador não era ilícito, mas exercício de um direito potestativo de escolha numa espécie de “obrigação com faculdade de substituição”, ou “obrigações com faculdade alternativa”<sup>9</sup>.

Como bem mencionam os considerandos do Decreto-lei 58/37, multiplicavam-se as fraudes, deixando os adquirentes desamparados.

O Decreto-lei 58/37 regrou a venda de lotes, exigindo uma série de providências prévias, para o vendedor (aprovação do plano e planta do loteamento pelas autoridades públicas, regras rigorosas sobre a publicidade dos lotes etc.), podendo ser definido como uma das primeiras normas de proteção ao consumidor, assim como uma das primeiras leis que vieram a proteger o compromisso de compra e venda.

Evidentemente que houve um salto expressivo no tratamento da matéria desde 1937 até os dias de hoje, salto que pode ser observado na regulamentação da matéria pelo Código Civil.

É nesse espírito de consolidação dos avanços normativos e consolidação cultural do modelo jurídico do compromisso de compra e venda que se pode dizer o quão equivocada-

## A COMPREENSÃO DO MODELO JURÍDICO DO “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA” SOMENTE PODE SE DAR A PARTIR DA LEITURA DE UM CONJUNTO DE ELEMENTOS

dos estão aqueles que afirmam ter o Código Civil de 2002 provocado retrocesso no regulamento da matéria, em especial em razão do que dispõe o art. 463, parágrafo único, e art. 1.417, que trata da exigência de registro do compromisso de compra e venda<sup>10</sup>.

### I. Das alterações legislativas no regime do compromisso de compra e venda realizadas pelo Código Civil vigente

O tradicional conceito do contrato de compromisso de compra e venda, construído a partir do regime delineado no Decreto-lei 58/37, é o de um contrato pelo qual uma das partes se compromete a transferir a propriedade de um bem mediante uma nova declaração de vontade a ser realizada no futuro e a outra a efetuar o pagamento do preço. Ambas as partes comprometem-se a firmar um contrato translativo do direito de propriedade, identificado costumeiramente como sendo o contrato de compra e venda.

Trata-se de contrato autônomo, ou, pelo menos de uma das modalidades da compra e venda, segundo o que já lecionava **Darcy Bessone** em 1960, quando da primeira edição da monografia intitulada *Da compra e venda – promessa e reserva de domínio*, que tanto o notabilizou<sup>11</sup>.

Nesse aspecto, deve-se observar que a feição atual adotada pelo contrato reflete uma das diversas escolhas que o legislador teve, tendo em vista a vasta polêmica existente a respeito da eficácia de dito contrato, assim como sua aderência à vida real e aos problemas do cotidiano, entre os quais se pode inserir a questão apresentada num clássico estudo sobre a matéria que questionava qual a razão para se percorrer um caminho tão longo se o motivo da negociação entre as partes foi a vontade de vender e comprar<sup>12</sup>.

Evidentemente que o questionamento foi meramente provoca-

tivo, porquanto o compromisso é um dos instrumentos mais ágeis e úteis da realidade atual, pois evita a incidência excessiva de tributos na data da contratação, custos com escritura pública, dando segurança ao adquirente, bem como fornece a devida garantia ao alienante no caso de venda a prestações. Assim, com a cessação dos impedimentos fáticos ou legais, podem as partes firmar a escritura pública hábil a transladar a propriedade, com base no regulamento já estabelecido. Em outras palavras, o compromisso de compra e venda, além de conter um mecanismo eficaz para permitir que as partes atinjam o fim típico da compra e venda, também é um excelente instrumento de concessão de crédito com garantia.

Como a proposta deste artigo é verificar os efeitos das alterações legislativas, inicia-se pelo estudo do contrato no processo legislativo que resultou no Código Civil vigente.

A análise dos trabalhos legislativos do Código Civil demonstra que na exposição de motivos não houve referências expressas ao compromisso de compra e venda, servindo para tal fim as discussões ocorridas na Câmara dos Deputados, onde foram apresentadas emendas para tratar da matéria, pois foi objeto de discussão unicamente quando se tratou do contrato preliminar atualmente regulado nos arts. 462 a 466 do Código Civil.

#### a. Artigos 462 a 466 do Código Civil

O art. 462 do Código Civil foi objeto de duas emendas durante o processo legislativo, as de n. 381<sup>13</sup> e 382<sup>14</sup>, com o objetivo de exigir que o contrato preliminar também cumprisse a forma do contrato a ser celebrado. Ambas as emendas foram rejeitadas, tendo sido mantida a redação original.

Além de tais manifestações, o próprio **Agostinho Alvim**, jurista

encarregado de elaborar o capítulo do “Direito das Obrigações”, manifestou-se no sentido de que a emenda fosse acolhida, argumentando que “a forma em matéria de contrato preliminar, segundo o Código Civil italiano, deve ser a mesma do contrato. A lei ressalvará os casos em que a forma do contrato preliminar, como sói acontecer no caso de compromisso de venda de imóvel, deva ser outra”<sup>15</sup>.

Nessa citação, fica clara a manifestação de **Agostinho Alvim** no sentido de que o compromisso de compra e venda de imóvel deve obedecer à lei especial, que ressalvará a questão da forma. De qualquer maneira, a Câmara acolheu o projeto original, para que todos os contratos preliminares prescindam quanto à forma do contrato principal.

A esse respeito, deve-se observar que a redação original apresentada por **Agostinho Alvim** tinha texto distinto, na linha do Código Civil italiano. Porém, na primeira versão do projeto, há manuscrito de **Miguel Reale** alterando a redação do referido artigo, assim como de praticamente todo o capítulo relativo ao contrato preliminar, determinando a redação do projeto, que atualmente é a redação do Código<sup>16</sup>.

Por incrível que pareça, esse foi o único debate ocorrido a respeito do contrato, para afirmar a não incidência das regras do contrato preliminar ao compromisso de compra e venda.

Por isso, afasta-se o equívoco de considerar o contrato preliminar de que tratam os arts. 462 a 466 do Código Civil como sendo o compromisso de compra e venda, cujos efeitos reais são regulados no art. 1.417 e art. 1.418 do mesmo diploma legal<sup>17</sup>.

O contrato preliminar de que tratam os arts. 462 a 466 do Código Civil não diz respeito ao compromisso de compra e venda.

O contrato preliminar é um “tipo contratual” em que as obrigações das



partes são de celebrar um contrato, no futuro, uma promessa de contrato<sup>18</sup>. Trata-se de um contrato pelo qual as partes se obrigam a celebrar um contrato que irá regulamentar determinada relação econômica. Por isso, chama-se preliminar, pré-contrato ou contrato-promessa, já que o preceito que irá disciplinar o relacionamento das partes e que definirá o que cada um deverá fazer, dar ou não fazer, depende de uma nova declaração volitiva. Em outras palavras, a única obrigação válida é a obrigação de contratar. As obrigações do contrato a ser celebrado dependem ou da nova declaração de vontade ou da execução coativa do contrato preliminar<sup>19</sup>.

Trata-se de um contrato cuja problemática não é privilégio do direito brasileiro, sendo instituto jurídico que nos mais diversos ordenamentos gera controvérsias a respeito do seu regime de execução<sup>20</sup>.

O compromisso de compra e venda, seja no regime do DL 58/37, no regime da Lei 6.766/79<sup>21</sup>, assim como na Lei 4.591/65<sup>22</sup>, consiste em um contrato definitivo, um contrato pelo qual as partes disciplinam o seu comportamento para o futuro, estabelecem o preceito que irá disciplinar sua relação intersubjetiva. Neste ponto, acentua-se que o contrato ou o nascimento de qualquer obrigação independente de nova declaração de vontade.

Porém, no conteúdo do preceito está, entre outros deveres, a obrigação de fazer declaração de vontade, que é a obrigação de firmar escritura pública para translação do direito real de propriedade, a fim de cumprir o disposto no artigo 134, I, do Código Civil de 1916, reproduzido

agora no art. 108 do Código Civil de 2002.

Porém, a escritura pública que é necessária para a translação do direito de propriedade não é contrato definitivo antecipado por contrato preliminar. Trata-se de mero negócio jurídico de adimplemento, cujo objetivo é a translação do direito real de propriedade que permaneceu nas mãos do vendedor como garantia do pagamento do preço e não verdadeiramente um contrato<sup>23</sup>.

Sob o ponto de vista estrutural, o contrato é um preceito que tem como gênese um acordo de vontades emanadas por duas partes, identificadas pela existência de dois núcleos de interesses contrapostos, com o objetivo de criar direitos e obrigações. Caracteriza-se, portanto, pela obrigatoriedade eficaz obrigacional, sem a qual não se pode tecnicamente falar em contrato. Diferentemente, nos negócios dispositivos, não há um preceito, pois celebrado o negócio sua

eficácia é constitutiva de “título”, cujo registro é hábil à translação da propriedade, sem efeitos obrigacionais.

Quando a compra e venda é celebrada por meio de escritura pública, no mesmo ato está reunido o “contrato” e também o “negócio jurídico dispositivo”.

Quando alguém celebra um compromisso de compra e venda, esses dois negócios jurídicos são separados sob o ponto de vista cronológico. O compromisso de compra e venda é uma modalidade de compra e venda, um contrato definitivo, cujo adimplemento deverá ser feito no futuro<sup>24</sup>, mediante uma declaração de vontade que será mero negócio jurídico dispositivo, realizado plena-

mente no âmbito dos direitos reais, para execução do preceito inicial e definitivo.

Observe-se que o contrato preliminar de compra e venda pode ser celebrado. Basta, para tanto, que o preceito do contrato não seja o compromisso de compra e venda segundo os termos do Decreto-lei 58/37, mas um contrato preliminar em que as partes simplesmente se comprometem a, no futuro, celebrar contrato de compra e venda, que poderá ser de bens móveis ou imóveis. Tal contrato preliminar poderá ser executado na forma do artigo 27 da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, se for promessa de celebrar compromisso de compra e venda que tem por objeto imóvel loteado, aplicando-se as regras do Código Civil para os demais casos<sup>25</sup>.

Quando alguém celebra um compromisso de compra e venda por instrumento particular, estabelecendo a obrigação de transferir a coisa, de pagar o preço e de, no futuro, ser transferido o direito de propriedade, é a própria compra e venda que está sendo celebrada, sem que haja possibilidade de incidência dos dispositivos relativos ao contrato preliminar em razão do que dispõe o próprio artigo 1225, VII, do Código Civil, assim como o art. 22 do Decreto-lei 58/37.

#### **b. Artigos 1.417 e 1.418**

As disposições dos arts. 1.417 e 1.418, que criaram o *direito real do promitente comprador*, passaram incólumes durante todo o processo legislativo, tendo como conteúdo o direito real à aquisição da propriedade imobiliária.

Isso significa que o conceito tradicional acima apresentado sofreu pequena modificação em função da ausência de qualquer disposição legal a incidir sobre os requisitos de validade, de forma, de prova ou mesmo sobre quais são as obrigações que cabem às partes.

### COM A CESSAÇÃO DOS IMPEDIMENTOS FÁTICOS OU LEGAIS, PODEM AS PARTES FIRMAR A ESCRITURA PÚBLICA HÁBIL A TRANSLADAR A PROPRIEDADE

Não havendo qualquer alteração no regime obrigacional, permanecem em vigor o Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, bem como as disposições da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e as disposições da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que tratam do mesmo contrato em suas diferentes modalidades.

Porém, agregou-se ao regime uma eficácia específica que até então não existia, que era o *direito real de aquisição da propriedade imobiliária*, criando uma nova gama de efeitos cujo regime do cumprimento foi alterado para criar uma dualidade, que deixou de ser teórica para ser prática. A dualidade teórica consistente no debate entre os defensores dos “efeitos pessoais” e “efeitos reais” cedeu lugar a uma dualidade de eficácia: pessoal e real.

## II. Da diferença de regimes entre o contrato registrado e o não registrado

Outra questão vinculada com a eficácia do compromisso de compra e venda é a verificação da obrigatoriedade do registro do contrato no registro de imóveis como condição para a execução da obrigação do vendedor de transferir a propriedade do imóvel e também para a proteção dos direitos do compromitente comprador<sup>26</sup>.

Ocorre que o *contrato* compromisso de compra e venda, como se pode ver de uma simples leitura do Código Civil, não foi objeto de regulamentação geral pela nova lei. E, não tendo sido objeto de regulamentação geral, mas somente especial, no que respeita a alguns de seus efeitos (artigos 1.225, VII, 1.417 e 1.418), deve-se aplicar a regra do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a *lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*.

Isso tem por consequência a plena e completa vigência do Decreto-lei 58/37, bem como todo o seu regime eficaz, conforme determinado no seu texto e pela própria jurisprudência.

Porém, o registro do compromisso de compra e venda a partir do advento do Código Civil atribuirá um direito que até então o adquirente do imóvel não tinha, que é o *direito real à aquisição da propriedade*<sup>27</sup>.

Tal direito real é novo e consiste na outorga ao adquirente de vários efeitos específicos e próprios do direito das coisas, como são as ações reais.

A título exemplificativo, o titular do direito real à aquisição da propriedade passa a ter embargos de terceiro com fundamento no direito real, ainda que não tenha posse, a teor do que dispõe o art. 1.046 do Código de Processo Civil, passará a ter ação de nunciação de obra nova ainda que não tenha a posse do imóvel, bem como terá direito de seqüela e o próprio direito real à aquisição da própria propriedade.

Ao contrário, no caso de adquirente de uma unidade imobiliária, como por exemplo um apartamento a construir (“venda na planta”), em que a posse do imóvel é do construtor, a ausência do registro do contrato não permitirá ao adquirente a oposição de embargos de terceiro ou a propositura de ação de nunciação de obra nova etc., direitos que terá se tiver o registro ou a posse.

O comprador sem posse e cujo compromisso de compra e venda não foi registrado não está protegido pela Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça. A edição da Súmula 84 visou proteger a *posse* e não os direitos obrigacionais derivados do contrato: considerou-se que a *posse* que tem como causa um compromisso de compra e venda, pelo seu caráter de definitividade, deve ser protegida da constrição judicial que visa atingir o patrimônio do vendedor.

O direito real à aquisição da propriedade consiste em um mecanismo concedido pelo legislador para que o adquirente deixe de ter um direito à coisa, para ter um direito sobre a coisa. Este direito sobre a coisa modifica substancialmente a ação de adjudicação compulsória.

A ação de adjudicação compulsória de que tratam os artigos 16 e 22 do DL 58/37 somente tinha o *apelido de adjudicação compulsória*, pois sempre foi tratada pela doutrina e pela jurisprudência, obedecendo ao comando dos dois artigos acima, como ação de execução de obrigação de fazer, diferentemente da verdadeira ação real de adjudicação compulsória que tem, por exemplo, o condômino preterido no seu direito de preferência para aquisição da propriedade na forma do art. 1.139 do Código Civil de 1916 e art. 504 do atual Código Civil.

A partir do advento do Código Civil, a ação de adjudicação compulsória proposta com fundamento no compromisso de compra e venda tem um só nome e um duplo regime de eficácia<sup>28</sup>.

No caso do *compromisso registrado* o comprador tem ação *real*, pela qual será concedida a propriedade ao adquirente do bem, devendo ser objeto de prova, no seio da demanda, todos os requisitos relativos às ações reais, inclusive aqueles que dizem respeito aos princípios registrares previstos na Lei 6.015/73. Trata-se de verdadeira ação reivindicatória<sup>29</sup> da propriedade e não mera ação de cumprimento de contrato<sup>30</sup>.

Isso significa que finda a ação judicial, com trânsito em julgado de uma sentença de procedência, na primeira hipótese o autor será proprietário do imóvel. O registro da sentença terá eficácia declaratória, não obstante o art. 1.418 afirme que o réu será condenado a emitir a declaração de vontade; o efeito declaratório da sentença acrescido aos

efeitos do “direito real à aquisição da propriedade” produzido pelo registro do compromisso de compra e venda atribui o direito à propriedade ao autor. Veja-se: não se está dizendo que nasce um direito à coisa. Declara-se que há o direito à propriedade, e o registro da sentença no registro de imóveis produz efeito similar ao registro de uma sentença de uma ação de usucapião, cuja carga constitutiva existe, mas é secundária em relação à carga declaratória.

Poder-se-ia opor a esse raciocínio o argumento de que os artigos 5º e 22 do Decreto-lei 58/37 já haviam concedido direito real ao adquirente de imóvel. Nada mais equivocado do que isso, pois tais dispositivos legais nada mais diziam que o comprador tinha “direito real oponível a terceiros” não atribuindo qualquer conteúdo ou efeito a tal “direito real”.

O art. 167, I, 9, da Lei dos Registros Públicos tornava o compromisso de compra e venda suscetível de registro e não simplesmente de averbação como diz o artigo 5º. O registro implica, sempre, a criação, modificação ou extinção de um direito sobre a própria coisa.

A averbação diz respeito às pessoas que são titulares de direitos reais ou à própria coisa. Assim são averbáveis todas as modificações no estado das pessoas e também as modificações sobre a coisa. Se modificar o direito, deverá ser registrado, exceto se for averbação para cancelamento. Fora deste critério, segue-se a casuística do art. 167 da Lei dos Registros Públicos.

Há direitos reais, como o de propriedade adquirida pela usucapião que mesmo sem o registro possui eficácia *erga omnes* e confere ao proprietário as ações reais. Há casos em que há o registro, como por exemplo o do contrato de locação, que não gera direito real<sup>31</sup>.

Em outras palavras, o registro pode ser constitutivo de direito real

o que somente ocorrerá se a lei civil outorgar tal eficácia.

No regime anterior o domínio continuava integralmente com o vendedor, razão pela qual não se reivindicava o bem do vendedor que não quisesse outorgar o título translativo: ajuizava-se ação para o cumprimento do contrato. O contrato gera um direito à coisa e não um direito sobre a coisa. O registro servia para que a publicidade produzisse efeitos *erga omnes*<sup>32</sup> e não conferia qualquer direito ou pretensão, mas apenas oponibilidade contra terceiros<sup>33</sup>.

Ademais, diante da tipicidade estrita dos direitos reais e da interpretação teleológica de tal registro, a partir dos próprios considerandos do Decreto-lei 58/37, fica evidente que o registro foi um expediente para proteger o adquirente da venda do bem para terceiros. Nada além disso.

Embora o legislador de 1937 estivesse preocupado com uma boa regulamentação do contrato, o sistema dos “direitos reais” estava integralmente regulado no Código Civil, diferentemente dos contratos e das obrigações que foram disciplinados na “lei esparsa”.

É evidente que esse debate sempre admitiu argumentação em contrário, tendo sido ultrapassado e não merecendo maiores considerações nesta seara por sua superação pelo fato legislativo.

No caso do *compromisso não registrado* o comprador tem ação *personal* e terá direito de propor a ação de adjudicação compulsória de que tratam os artigos 16 e 22 do Decreto-lei 58/37, que nada mais é do que uma demanda cujo objetivo

é a condenação da parte à emissão de uma declaração de vontade, que é suprida pelo juiz, servindo a sentença como título para ser registrado, conforme os comandos dos artigos 466 B e C do Código de Processo Civil<sup>34</sup>.

Evidentemente, os dispositivos legais supramencionados trataram de consolidar o que a jurisprudência vinha fazendo, que era criar mecanismos para melhorar a efetividade dos mecanismos de execução, disciplinando de maneira clara o que já estava parcialmente regulamentado nos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil, que tratavam da execução das obrigações de fazer quando o objeto da obrigação de fazer fosse “fazer declaração de vontade”<sup>35</sup>.

Embora seja diploma adjetivo, o Código de Processo Civil estabeleceu regras de direito material, e não somente procedimento.

Nesse sentido, deve-se observar que a doutrina e jurisprudência, após muito debate, assentaram que os dispositivos revogados do Código de Processo Civil inseridos no “procedimento executivo” somente poderiam ser alcançados após a obtenção prévia de uma sentença em um processo de conhecimento, não podendo tal execução ser aparelhada com um “título executivo extrajudicial”. Isso ficou indubitável com a edição da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

A reforma processual promovida pela Lei 1.232/05 “veio sanar uma contradição lógica” que existiu durante cerca de 30 anos de vigência do Código de Processo Civil, pois eram disposições “que regem processo nitidamente de cognição, com previsão de julgamento, sentença, condenação, categorias estranhas ao processo

## A DUALIDADE TEÓRICA CONSISTENTE NO DEBATE ENTRE OS DEFENSORES DOS “EFEITOS PESSOAIS” E “EFEITOS REAIS” CEDEU LUGAR A UMA DUALIDADE DE EFICÁCIA: PESSOAL E REAL

expropriatório e que, no particular, culminam com um pronunciamento tipicamente substitutivo da emanção de vontade do devedor, que a tanto se nega ou simplesmente não pode fazê-lo”<sup>36</sup>.

Isso significa que o registro do contrato adicionou ao ordenamento um regime eficaz, e que continua íntegra a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, o fundamento da edição da súmula foi justamente de que a adjudicação compulsória de que trata o art. 22 do Decreto-lei 58/37 “é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no Registro de Imóveis”<sup>37</sup>.

Da mesma forma continua plenamente em vigor a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, já que as disposições do art. 1.417 e 1.418 vieram acrescentar hipóteses de embargos de terceiro de “senhor” que não é possuidor, pois o titular de direito real à aquisição da propriedade, tenha ele a posse ou não, terá acesso às ações reais. É claro que faltando posse e faltando o registro não haverá oponibilidade contra terceiros, assim como não haverá o direito de seqüela sobre o bem<sup>38</sup>.

## Conclusão

Embora a Lei Complementar 95, de 6 de fevereiro de 1998, estabeleça a obrigatoriedade de o legislador consolidar a legislação sempre que disciplinar uma matéria, a teor do que determinou o art. 59 da Constituição Federal, a realidade legislativa brasileira demonstra que isso não acontece.

A maior prova disso é o emaranhado legislativo que disciplina um dos contratos mais importantes para o mercado, que é o compromisso de compra e venda.

Por isso a indispensabilidade do estudo a partir da perspectiva histórica e do estudo dos contratos e seus efeitos a partir da experiência social,

indissociável dos fatos sociais e das exigências valorativas, que demonstram a necessidade de interpretação das normas consoante a finalidade social do modelo jurídico, e firme observação da dinâmica negocial que consagrou o compromisso de compra e venda como um dos principais instrumentos do mercado imobiliário.

E, mesmo sob a perspectiva normativa, é preciso resgatar a ideia de que a estrutura de “eixo” do direito privado do atual Código Civil exige uma mudança de visão em relação ao fenômeno dos microssistemas, pois seu surgimento deveu-se a critérios lógicos do processo histórico, fazendo nascer uma nova ordem conceitual e categorias interpretativas que extrapolam o conceito de “lei extravagante”. Como já mencionado por **Natalino Irti**, a técnica legislativa em que consistem os microssistemas não reduz a “racionalidade sistemática”, mas promove-a para as leis especiais<sup>39</sup>.

E no exame da legislação especial, vê-se que as regras a respeito da validade e da eficácia obrigacional estão reguladas na lei especial e que o Código Civil regulou os efeitos reais do registro. O registro, por sua vez, continua regulado na Lei 6.015/73.

Por isso é equivocada a afirmação segundo a qual o compromisso de compra e venda precisará ser registrado para que haja a oposição de embargos de terceiro para proteção dos direitos do comprador que seja possuidor.

Em síntese, o compromisso de compra e venda não foi objeto de regulamentação pela nova lei: o Código Civil disciplinou os efeitos do registro do contrato, atribuindo a ele o direito real à aquisição da propriedade.

Isso tem por consequência a plena e completa vigência do Decreto-lei 58/37, bem como todo o seu regime eficaz, conforme determinado no seu texto e pela própria jurisprudência.

Além disso, os princípios que norteiam o modelo jurídico forjado pela realidade brasileira são comandados pelos ditames da socialidade, no caso, pela cláusula geral da função social dos contratos, cuja integração com os contratos regulados em lei especial é possível tendo em vista o caráter de “eixo” que foi atribuído ao Código Civil, o que dá a devida unidade à colcha de retalhos legislativa que regulamenta a eficácia normativa do contrato.

Para concluir, acrescente-se a circunstância de que a reforma legislativa promovida pela Lei 11.232/05 acresceu ao contrato uma eficácia adicional, já que ao transformar o “processo de execução das obrigações de fazer” numa das fases do processo de conhecimento, criando uma “ação sincrética”, contribuiu substancialmente para o reforço dos efeitos do compromisso de compra e venda não registrado, em especial, para permitir a antecipação parcial dos efeitos da tutela, entre outros<sup>40</sup>. ■

## Notas

1 Desde já deixa-se claro que a expressão conjunto não tem uma conotação específica, tal como sistema ou microssistema legislativo, mas de uma unidade normativa decorrente da adoção do conceito de “modelo jurídico” segundo os parâmetros apresentados por Miguel Reale e que já foi objeto de outros de nossos estudos, o que permite a visualização de uma “unidade mínima” dada pela ideia de “conjunto” tal como tratado no âmbito dos “contratos conexos”, não obstante a legislação seja fragmentada sob o ponto de vista técnico e histórico. Partes dos pressupostos deste artigo já foram apresentadas em dois outros estudos, sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis sobre o regime da compra e venda e também sobre a técnica legislativa da “legislação aditiva”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 872, p. 43-78.

2 “Súmula 84: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”, publicada no DJ 02/07/1993, p. 13283.

3 “Súmula 239: O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”, publicada no DJ 30/08/2000, p. 118.

4 Adota-se como conceito de História do Direito aquele fornecido por Paolo Grossi, segundo o qual é compreendida como disciplina jurídica que tem por objeto a inserção das regras jurídicas no processo cultural que se desenvolve no curso do tempo. GROSSI, Paolo. *Pensiero Giuridico – Appunti per una «voce» enciclopedica*. Separata da Revista Quaderni Fiorentini, n. 17, 1988. GROSSI, Paulo. El punto y la línea. História del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, n. 06, 2000, e GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana – Un profilo storico 1860 – 1950*. Milano: Giuffrè Editore, 2000. Também tem grande influência nessa concepção a obra de HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1997.

5 Conforme diz AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, p. 108, “o Direito Civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural em que predominam as notas da historicidade e da continuidade. Historicidade no sentido de que se veio formando gradativamente, desde os primórdios da civilização ocidental, até se transformar em um dos mais importantes ramos da ciência. Continuidade, pelo fato de ter-se mantido como processo constante e de certo modo uniforme na maneira de solucionar os problemas jurídicos que lhe são próprios, revelando a existência de princípios fundamentais a orientar a gênese e a aplicação de suas instituições”.

6 O compromisso de compra e venda teve origem em projeto de lei apresentado pelo professor Waldemar Ferreira em 9.6.1936, tendo sido editado por Getúlio Vargas em 10.12.1937, como medida “governamental” de proteção dos adquirentes de imóveis loteados. Na época a expressão não era usada, mas tratou-se de verdadeira “lei de proteção ao consumidor”. MARCONDES, Sylvio. Professor Waldemar Ferreira. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. LX, 1965, p. 47-67.

7 Veja-se a exposição de motivos do Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937: “O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição: Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras; Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos; Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores;”

8 “Art. 1088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts 1.095 a 1.097”.

9 VARELA, J.M. Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 338 e 339.

10 Para o conceito de modelo, adota-se a concepção de Miguel Reale, que de forma sintética Reale define modelo jurídico como “estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhe são próprios”. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46. A esse respeito tratamos no livro MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

11 BESSONE, Darcy. *Compra e venda. Promessa e reserva de domínio*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

12 FERREIRA, Geraldo Sobral. Promessa bilateral de venda e compromisso de compra e venda. *Revista de Direito Civil*, n. 7, p. 144.

13 NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 381. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 258, justificação elaborada pela advogada Maria Angélica Rezende, em nome da OAB do Estado do Sergipe.

14 COELHO, Fernando. Justificação da emenda n. 379. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 259.

15 ALVIM, Agostinho. Pareceres. In: ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. *Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da comissão elaboradora e revisora*. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 84.

16 REALE, Miguel. Código Civil. *Anteprojetos com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos*. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, sem data.

17 No mesmo sentido tem-se a opinião de GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 361: “O compromisso de venda não é verdadeiramente um contrato preliminar.”

18 Embora a própria lei se utilize da expressão “promessa” em vez de “compromisso”, não havendo qualquer distinção prática na utilização de uma ou outra expressão, opta-se pela denominação “compromisso de compra e venda” pelas razões que justificaram a própria edição do Decreto-lei 58/37 e toda a legislação posterior, que foi a de criar um “tipo contratual” diferente do que até então existia que era a de um “contrato promessa”. Além disso, é possível a “promessa” de “compromisso de compra e venda”, conforme previsto expressamente para os casos de reserva de lote ou de outras modalidades de contratos preliminares, segundo a melhor lição de ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Contrato Promessa – Uma síntese do regime vigente*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

19 Uma das polêmicas mais vivas do contrato preliminar diz respeito a aplicação de *astreintes*, no caso de inadimplemento, conforme sustenta CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o contrato preliminar: em busca da superação de seus aspectos polêmicos. In: DELGADO, Mário Luiz e outros. *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*, v. 4. São Paulo: Método Editora, 2005, p. 319-341. Tal possibilidade é discutível no regime do contrato preliminar em razão de que a lei é clara ao determinar ao juiz que considere como “definitivo” o contrato preliminar. Ou seja, o legislador considerou que sendo personalíssima a obrigação de “declarar vontade”, a execução dessa obrigação

se dá pelo “suprimento” da declaração e não pela aplicação de *astreintes* para que a declaração seja feita coativamente. Nada obsta, é claro, que o Juiz antecipe os efeitos da tutela para considerar que o contrato preliminar tenha os efeitos do contrato definitivo e, sendo este de obrigações de fazer, na execução do mesmo sejam aplicadas *astreintes*.

20 A esse respeito veja-se no Direito Português, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O campo de aplicação do regime indenizatório do artigo 442º do Código Civil: incumprimento definitivo ou mora. In: *Direito dos Contratos. Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 283-306: “Não obstante o labor interpretativo a que não se tem furtado a nossa melhor civilística, permanecem vivas controvérsias e divergências de interpretação, que se repercutem em decisões judiciais amiúde contrastantes. E se, quanto a certas questões, foi possível chegar a um consenso estável, nalguns casos consagrado na lei ou em assento, outras questões, inicialmente ocultas, irromperam entretanto, alimentando novos debates ainda inconclusivos.”

21 Nova lei do loteamento imobiliário. Está lei substitui no que não foi revogado expressamente o Decreto-lei 58/37 em matéria de direito urbanístico, o que atualmente também é regulado pelo Estatuto da Cidade.

22 A lei de Condomínio e Incorporação atualmente regula unicamente a incorporação imobiliária em suas diversas modalidades, tendo em vista que a regulamentação do Condomínio Edifício foi regulado por inteiro no Código Civil. Embora não tenha havido revogação expressa, a revogação se deu por força do art. 2º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

23 A respeito dos *negócios jurídicos dispositivos* ver clássico estudo de COUTO E SILVA, Clóvis. Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição. *Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto*. UFRGS, p. 29-39, 1958.

24 A expressão “futuro” é relevante no caso concreto, pois na compra e venda manual, embora o contrato logicamente seja antecedente do adimplemento, a separação entre contrato e adimplemento é puramente lógica, já que cronologicamente não se pode separá-los. Já o compromisso de compra e venda somente tem sentido de existir pela separação cronológica entre o ato do nascimento do contrato e o adimplemento, elemento essencial de sua funcionalidade plena, já que a “razão objetiva” de sua celebração está na ausência de elementos econômicos ou jurídicos para a transação da propriedade no ato da contratação. Por essa razão é nulo o contrato de “compromisso de compra e venda com pacto de retrovenda”, já que sua funcionalidade é incompatível com os elementos do tipo. Nada obsta a cessão do compromisso de compra e venda submetida a determinada condição resolutiva, o que é muito diferente de uma prática comum, porém ilícita, um claro “desvio socialmente típico”, que é o pacto de retrovenda no compromisso de compra e venda.

25 Um dos poucos autores que trata sobre o regime de execução do “pré-contrato de promessa de compra e venda” é RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 986.

26 Posição contrária a deste artigo esta é apresentada por KRAEMER, Eduardo. *Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Li-

vrário do Advogado, 2003, p. 210, que afirma ser necessário o registro do contrato na forma do art. 463 do Código Civil.

27 O debate a respeito da existência de eficácia real existente no regime anterior será tratado adiante, mas desde já afirma-se que os efeitos do Registro do contrato até o advento do Código vigente não tinha outro efeito que a outorga de “eficácia perante terceiros”, o que é diferente da “eficácia real”.

28 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1008, é mais enfático ao afirmar que a falta do registro não concede o direito a “ação de adjudicação compulsória”, mas a uma “ação condenatória ao cumprimento da obrigação de contratar, produzindo a sentença o mesmo efeito do contrato prometido (o de venda)”.

29 No mesmo sentido RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 992, que sustentava a possibilidade de ação reivindicatória proposta pelo titular de compromisso de compra e venda registrado mesmo no regime anterior: “Barbosa Lima Sobrinho aprofundou mais o problema, defendendo que, pelo contrato, o direito de usar, gozar e dispor do imóvel, e de reavê-lo de quem o ocupa indevidamente, passa do proprietário para o promitente comprador. Assinado o compromisso irrevogável e registrado, transferindo-se ao compromissário o direito de dispor, ele torna-se parte legítima para propor a lide em questão”.

30 A esse respeito da forma de cumprimento da obrigação veja-se a seguinte decisão: “É mais, embora a sentença não tenha especificado o seu cumprimento pelo art. 466-A, do CPC, perfeitamente cabível à hipótese e que autoriza a transferência da propriedade por força da sentença, dispensando-se as partes destinatárias do comando judicial (aqui, autores e réu, respectivamente), de firmarem negócio bilateral (escritura de compra e venda), sem embargo, por óbvio, de cada uma delas arcarem com as respectivas despesas de seu título – carta de adjudicação –, é caso de ser a sentença declarada ao efeito de o seu cumprimento dar-se através do predito dispositivo legal, expedindo-se oportunamente as competentes cartas de adjudicação”. TJRS, Ap. Civ. 70033242520, 17a. C.Civ., rel. desembargadora Elaine Harzheim Macedo, j. 03.12.2009, publicado no site www.tjrs.jus.br.

31 Pontes, v.13, § 1.465, p. 116.

32 Idem.

33 Pontes, § 1.469, p.123: “A averbação confere eficácia quanto a terceiros, no que concerte às alienações e oerações futuras. O próprio art. 5º é que o enuncia. Faltou-lhe apenas, terminologia técnica. A pretensão, ou o direito, que emanou do pré-contrato, é que tem estendida a terceiro, pela averbação, a sua eficácia”.

34 TJRS, Ap. Civ. 70023729536, 17a. C.Civ., rel. desembargadora Elaine Harzheim Macedo, j. 03.12.2009, publicado no site www.tjrs.jus.br. “A ação interposta – ainda que equivocadamente identificada como “execução” – veio acompanhada dos documentos essenciais para a adjudicação compulsória, quais sejam, o contrato particular de promessa de compra e venda, a prova da quitação do preço e a certidão do registro imobiliário, dando conta da legitimação para alienação do contratante vendedor. E, além disso, o disposto nos artigos 466-B e 466-C, ambos do CPC, autorizam o prosseguimento da ação, que tem, sim, conteúdo de ação de conhecimento, viabilizando-se a ampla defesa e contraditório da

parte ré, seja ela o próprio promitente vendedor, sejam seus herdeiros ou sucessores.”

35 Os dispositivos foram revogados pela reforma processual realizada por meio da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, sendo substituídos pelos atuais arts. 466, A, B e C do Código de Processo Civil. “Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. art. 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.”

36 MACEDO, Elaine Harzheim. A sentença condenatória no movimento do sincretismo do processo. *Direito e Democracia*. Canoas: Editora da Ulbra, v. 7, n. 1, 2006, p. 207- 222.

37 STJ, REsp n. 247.344/MG, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 16/4/01; REsp n. 12.613/MT, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 30/9/91; RESPn. 004/0062303-0, DJ 23/04/2007, www.stj.jus.br.

38 VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil – Dos Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 697.

39 IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione – vent'anni dopo*. 4. ed. Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 8.

40 Essa modificação trouxe “o reconhecimento do processo não como simples instrumento da vontade da lei, mas como espaço próprio de construção do direito”. MACEDO, Elaine Harzheim. A sentença condenatória no movimento do sincretismo do processo. *Direito e democracia*. Canoas: Editora da Ulbra, v. 7, n. 1, 2006, p. 221.

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado do. Projeto do Código Civil. As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, n. 775, maio de 2000, ano 89, p. 18-31.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Contrato Promessa – Uma síntese do regime vigente*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ALVIM, Agostinho. Pareceres. In: ABILACKEL, Ibrahim; REALE, Miguel. *Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora*. Brasília: Ministério da Justiça, 1984.

BESSONE, Darcy. *Compra e venda. Promessa e Reserva de Domínio*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. 4. ed. SP: Saraiva, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 872, p. 43-78.

CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o contrato preliminar: em busca da superação de seus aspectos polêmicos. In: DELGADO, Mário Luiz e outro. *Novo Código Civil – Questões Controvertidas – v. 4*. São Paulo: Método Editora, 2005, p. 319-341.

COELHO, Fernando. Justificação da emenda n. 379. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p. 259.

COUTO E SILVA, Clóvis. Negócios Jurídicos e Negócios Jurídicos de Disposição. *Revista do Grêmio Universitário Tobhias Barreto*. UFRGS, p. 29-39, 1958.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Adjudicação Compulsória*. 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, atualização por Atualizado por FACHIN, Luiz Edson.

FERREIRA, Geraldo Sobral. Promessa Bilateral de Venda e Compromisso de compra e Venda. *Revista de Direito Civil*, n. 7, Revista dos Tribunais.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. RJ: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. *Venda Real e Venda Obrigacional – Estudo comparativo no direito português e brasileiro. Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione – vent'anni dopo*. 4. ed. Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1999.

KRAEMER, Eduardo. *Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MACEDO, Elaine Harzheim. A sentença condenatória no movimento do sincretismo do processo. *Direito e Democracia*. Canoas: Editora da Ulbra, v. 7, n. 1, 2006, p. 207-222.

MARCONDES, Sylvio. Professor Waldemar Ferreira. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. LX, 1965, p. 47-67.

NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 381. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983.

REALE, Miguel e outros. *Anteprojeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos, 1972.

REALE, Miguel. *Código Civil. Anteprojeto com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos*. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, sem data.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O campo de aplicação do regime indenizatório do artigo 442º do Código Civil: incumprimento definitivo ou mora. In: *Direito dos Contratos. Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 283 – 306.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil – Dos Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 697.

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA E AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 23 DE JULHO DE 2008

**Dirley da Cunha Júnior** | [dirleyvictor@uol.com.br](mailto:dirleyvictor@uol.com.br)

Juiz federal da Seção Judiciária da Bahia

Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP

Mestre em Direito pela UFBA

## Excertos

“Atualmente, prevê a vigente Constituição da França, de 4 de outubro de 1958, um órgão político – o *Conseil Constitutionnel* – como o único competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis naquele país”

“Não se trata de tribunal, nem se situa na organização e estrutura dos tribunais judiciais e administrativos”

“A reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que modificou a Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958, alterou significativamente o modelo francês de controle de constitucionalidade, para permitir, ao lado de uma fiscalização preventiva, um controle repressivo da constitucionalidade das leis”

“Em face da reforma constitucional (...), permitiu-se ao Conselho Constitucional realizar um controle repressivo de constitucionalidade, sempre que a ele for submetido, dentro de certas condições, o exame de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC)”

O controle de constitucionalidade na França, especialmente após a reforma constitucional de 23 de julho de 2008 que acrescentou o art. 61-1 na vigente Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958, alterou, marcadamente, o modelo francês de fiscalização da constitucionalidade das leis.

O controle de constitucionalidade na França, tal como definido na versão originária da Constituição Francesa de 1958, caracterizava-se por sua natureza exclusivamente *preventiva*. Ademais, seguindo uma tradição histórica e ideológica, o controle francês era, e ainda é, um controle político, ou não judicial, na medida em que a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a um órgão de caráter essencialmente político, instituído pela Carta Magna francesa em vigor, a saber: o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional).

Ademais, cuidava-se de um controle exclusivamente *preventivo* em razão de incidir *apenas* sobre as leis ainda não promulgadas e cuja entrada em vigor dependia do reconhecimento de sua compatibilidade com o texto constitucional.

Sucedo que, em face da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, permitiu-se ao Conselho Constitucional realizar um controle *repressivo* de constitucionalidade, sempre que a ele for submetido, dentro de certas condições, o exame de uma *questão prioritária de constitucionalidade* (QPC), em face da qual o órgão político francês fiscaliza a constitucionalidade de leis em vigor, cuja desconformidade com a Constituição foi suscitada por qualquer das partes em processo judicial ou administrativo.

Desse modo, a reforma constitucional em tela adotou um controle *repressivo* ou *sucessivo* ao lado do já existente controle *preventivo*, para possibilitar ao Conselho Constitucional fiscalizar as leis tanto *antes* de sua entrada em vigor como *depois* de sua entrada em vigor (neste último caso, quando a lei não sofreu o controle preventivo).

Tais alterações serão, a seguir, melhor esclarecidas.

## 2. O controle de constitucionalidade na França, a Constituição de 4 de outubro de 1958 e o Conselho Constitucional

Diversas foram as razões que levaram os franceses a rejeitar um controle judicial de constitucionalidade. Limitemo-nos a apontar as razões históricas e ideológicas.

Em face das razões *históricas*, a recusa a um controle judicial deveu-se às abusivas e arbitrarias interferências que os juízes franceses, antes da revolução, impunham

à esfera dos outros poderes, com consequências graves e desastrosas às liberdades individuais.

Já por razões *ideológicas*, que estão, de certa forma, relacionadas com as primeiras, a negação de um controle judicial sempre esteve vinculada à doutrina da separação dos poderes, que, em sua formulação mais rígida, era contrária à intervenção dos juízes na esfera do poder legislativo.

Assim, forte nestas circunstâncias – históricas e ideológicas – a situação que prevaleceu, naturalmente, na França, foi a adoção de um controle de constitucionalidade realizado por órgão não judicial, de caráter essencialmente político<sup>1</sup>.

Em que pese *Sieyès* ter sugerido na Constituição do ano VIII a criação de um “*jury constitutionnaire*”, a concepção rousseauiano-jacobina da lei como expressão da “vontade geral” manteve-se sempre fiel ao dogma da soberania da lei que só as próprias assembleias legislativas poderiam *politicamente* controlar. Isto aconteceu com a Constituição do ano VIII (13 de dezembro de 1799), que atribuiu o controle ao *Sénat Conservateur*; também ocorreu com a Constituição de 1852, que confiou o controle ao *Sénat* e, de certo modo, com a Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, que concedeu o controle ao Comitê Constitucional<sup>2</sup>.

Assim, na França, desde o abade *Sieyès*, o sistema de controle de constitucionalidade, quando previsto, era atribuído a órgãos de natureza *política*. Atualmente, prevê a vigente Constituição da França, de 4 de outubro de 1958, um órgão político – o *Conseil Constitutionnel* – como o único competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis naquele país.

Devido a importância do Conselho Constitucional para o controle de constitucionalidade na França, apresentaremos, a seguir, algumas considerações em torno deste órgão político.

### 2.1. Composição do Conselho Constitucional

O Conselho Constitucional foi instituído pela Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958. Não se trata de tribunal, nem se situa na organização e estrutura dos tribunais judiciais e administrativos. Não se confunde com o *Conseil d'Etat* nem com a *Cour de Cassation*, que são órgãos de cúpula, respectivamente, da jurisdição administrativa e judicial.

É uma inovação na história constitucional da República Francesa, competindo-lhe garantir o respeito à Constituição e, em especial, aos direitos e liberdades assegurados constitucionalmente.

O Conselho Constitucional compõe-se de *nove membros*, nomeados para um mandato de *nove anos*, não permitida a recondução. O Conselho Constitucional é renovado de três em três anos, na sua terça parte. Três membros são nomeados pelo presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado.

Além destes nove membros, também compõem o Conselho Constitucional, os ex-presidentes da República, como membros *vitalicios de pleno direito*.

O presidente do Conselho Constitucional será nomeado pelo presidente da República, entre os seus membros. Terá voto de qualidade (minerva) em caso de empate.

Os conselheiros nomeados prestam juramento perante o presidente da República.

Não há condição, nem de idade nem de profissão, para ser membro

do Conselho Constitucional. A função de conselheiro é incompatível com a de membro de governo ou do Conselho Econômico e Social, e também com qualquer mandato eleitoral. Além disso, os membros estão sujeitos às mesmas incompatibilidades profissionais dos parlamentares. Durante suas funções, os membros do Conselho não podem ser nomeados para um outro cargo público e não podem receber promoções, se são servidores.

Os membros do Conselho Constitucional podem decidir deixar as suas funções. Eles também podem ser afastados das suas funções de ofício em caso de incompatibilidade ou de invalidez permanente reconhecida pelo Conselho Constitucional.

Atualmente, são membros do Conselho Constitucional:

*Jean-Louis Debré*, nomeado presidente do Conselho pelo presidente da República, em fevereiro de 2007.

*Valéry Giscard D'Estaing*, membro de pleno direito (ex-presidente da República).

*Jacques Chirac*, membro de pleno direito (ex-presidente da República).

*Pierre Steinmetz*, nomeado pelo presidente da República em fevereiro de 2004.

*Jacqueline de Guillenchmidt*, nomeada pelo presidente do Senado em fevereiro de 2004.

*Renaud Denoix de Saint Marc*, nomeado pelo presidente do Senado em fevereiro de 2007.

*Guy Canivet*, nomeado pelo presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados francesa) em fevereiro de 2007.

*Michel Charasse*, nomeado pelo presidente da República em fevereiro de 2010.

*Hubert Haenel*, nomeado pelo presidente do Senado em fevereiro de 2010.



*Jacques Barrot*, nomeado pelo presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados francesa) em fevereiro de 2010.

*Claire Bazy-Malaurie*, nomeada pelo presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados francesa) em setembro de 2010.

## 2.2. Competência do Conselho Constitucional

A competência do Conselho Constitucional abrange o controle de constitucionalidade das leis e a garantia da regularidade das eleições do presidente da República, cabendo-lhe examinar as reclamações e proclamar os resultados da eleição. Também lhe compete decidir, em caso de impugnação, sobre a regularidade das eleições dos deputados e senadores.

Interessa-nos aqui a competência para o controle de constitucionalidade das leis.

## 3. O controle preventivo de constitucionalidade

A Constituição Francesa de 1958 atribuiu ao Conselho Constitucional, na sua versão primária, o controle exclusivamente *preventivo* de constitucionalidade das leis. Isto significava que, uma vez aprovada e promulgada a lei, não era mais possível fiscalizá-la em face da Constituição. Assim, após a promulgação do ato legislativo, não havia mais espaço para o controle da constitucionalidade no direito francês.

Todavia, por força da reforma constitucional de 23 de julho de 2008 possibilitou-se um controle *repressivo* de constitucionalidade das leis, em face do exame de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC), com a qual se impugna uma lei já promulgada e em vigor, como será explicado a diante.

Mas o controle preventivo continua e ainda se mostra extrema-

mente útil e eficaz, razão por que algumas palavras serão ditas a seu respeito.

O controle preventivo de constitucionalidade, por consistir numa atividade de fiscalização de leis aprovadas pelo parlamento, mas ainda não promulgadas, insere-se no próprio processo legislativo, apresentando-se como uma fase ou *iter* do processo de formação das leis na França<sup>3</sup>. Ele envolve um controle *obrigatório* e um controle *facultativo*.

O controle preventivo é *obrigatório* quando se tratar de leis orgânicas e de regulamentos das casas do Parlamento. Nesse caso, o Conselho Constitucional, independentemente de qualquer provocação, *deve* sempre se pronunciar, para fiscalizar, antes da promulgação da lei orgânica e antes da entrada em vigor dos regulamentos das casas do Parlamento, a conformidade dessas leis e regulamentos com a Constituição.

Relativamente às demais leis ou aos compromissos internacionais, o controle preventivo é *facultativo*. Já nesse caso, o Conselho Constitucional somente realizará o controle de constitucionalidade *se provocado* por iniciativa do presidente da República, do primeiro-ministro, do presidente da Assembleia Nacional (Câmara dos Deputados) ou do presidente Senado, ou por iniciativa de 60 deputados ou 60 senadores.

Tanto no controle obrigatório como no facultativo (este no caso de provocação), o Conselho Constitucional deve se pronunciar no prazo de um mês. No entanto, a

pedido do governo, e se houver urgência, esse prazo é reduzido para oito dias. Neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa.

Não será promulgada nem entrará em vigor a lei declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional.

## 4. O controle repressivo de constitucionalidade e a questão prioritária de constitucionalidade (QPC)

A reforma constitucional de 23 de julho de 2008 ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir o controle *repressivo* de constitucionalidade das leis promulgadas e em vigor, sempre que for suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC)<sup>4</sup>.

Com efeito, a questão prioritária da constitucionalidade foi instituída pela reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que acrescentou o *artigo 61-1* na Constituição Francesa de

1958, para permitir, ao lado do controle preventivo de constitucionalidade, um controle repressivo de constitucionalidade de lei aprovada e em vigor, que viole os direitos e as liberdades constitucionais.

Antes da reforma não era possível impugnar a constitucionalidade de uma lei que já havia entrado em vigor. Todavia, após a reforma, qualquer pessoa, na condição de parte em um processo judicial ou administrativo, pode alegar, no processo em que figura, que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

O CONSELHO  
CONSTITUCIONAL  
COMPÕE-SE DE  
NOVE MEMBROS,  
NOMEADOS PARA  
UM MANDATO  
DE NOVE ANOS,  
NÃO PERMITIDA A  
RECONDUÇÃO

Neste caso, a questão será submetida, por encaminhamento do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação, ao Conselho Constitucional, que deve decidi-la no prazo especificado<sup>5</sup>.

A “questão prioritária de constitucionalidade” é um incidente que qualquer pessoa que seja parte em um processo (judicial ou administrativo) pode suscitar, para afirmar que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

Preenchidas as condições de admissibilidade da questão, o Conselho Constitucional, a cujo exame se submeterá a referida questão, mediante remessa do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, deverá pronunciar-se e, se necessário, revogar a disposição legislativa.

Embora realizada em 23 de julho de 2008, a reforma somente entrou em vigor em 1º de março de 2010, em razão de sua regulamentação pela Lei Orgânica 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que disciplinou a aplicação do novo art. 61-1 da Constituição francesa de 1958. Será aplicada aos processos já existentes e em curso. No entanto, só serão aceitas as questões prioritárias de constitucionalidade apresentadas a partir de 1º de março de 2010, e se arguidas em petição separada, por escrito e fundamentada.

Podem ser objeto da arguição de inconstitucionalidade as *disposições legislativas aprovadas pelo Parlamento* (leis, leis orgânicas ou portarias ratificadas pelo Parlamento). As disposições não ratificadas pelo Parlamento, os

decretos, despachos ou decisões individuais não podem ser objeto de uma questão prioritária de constitucionalidade (estes são atos administrativos cujo controle depende da competência dos tribunais administrativos).

Constituem parâmetro da arguição os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, contemplados no texto da Constituição de 4 de outubro de 1958 e nos textos aos quais se refere o preâmbulo da Constituição de 4 de outubro de 1958, a saber: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; o Preâmbulo da Constituição de 1946; os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República (que se referem ao preâmbulo da Constituição de 1946); e a Carta do meio ambiente de 2004.

A Lei Orgânica 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, atribuiu à questão de constitucionalidade um caráter de “prioridade”.

Isso significa que, quando apresentada a um tribunal, a questão deve ser considerada e examinada imediatamente e sem demora.

A questão prioritária de constitucionalidade pode ser levantada durante qualquer processo perante uma jurisdição administrativa

(no âmbito do Conselho de Estado) ou judicial (no âmbito do Tribunal de Cassação). A questão pode ser levantada em primeira instância, em sede de apelação ou de cassação. Jamais, porém, diretamente no Conselho Constitucional. O tribunal que conhecer da questão procederá imediatamente a um primeiro exame, para aferir se a questão prioritária é admissível e

se cumpre os critérios estabelecidos pela lei orgânica. Se estas condições forem cumpridas, o tribunal encaminhará a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, conforme se trate, respectivamente, de jurisdição administrativa ou judicial. O Conselho de Estado ou o Tribunal de Cassação procederá a um exame mais aprofundado da questão prioritária de constitucionalidade e decidirá se a remete ou não ao Conselho Constitucional.

Todavia, é relevante ressaltar que a jurisdição administrativa ou judicial não é livre para admitir a questão prioritária de constitucionalidade. A Lei Orgânica 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que disciplinou a aplicação do novo art. 61-1 da Constituição Francesa de 1958, estabeleceu os critérios para submeter a questão prioritária de constitucionalidade ao exame do Conselho Constitucional. Os critérios são os seguintes:

- A disposição legislativa impugnada deve ser aplicável ao litígio ou processo ou constituir o fundamento da pretensão de qualquer das partes;

- A disposição legislativa arguida como inconstitucional não foi declarada anteriormente em conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional;

- A questão é nova ou é de natureza grave.

A decisão do tribunal de primeira instância ou do tribunal de apelação que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação é recorrível (recurso de apelação ou de cassação), desde que o recurso seja interposto contra a decisão proferida sobre o mérito pelo tribunal perante o qual se levantou a questão.

## O CONTROLE PREVENTIVO É OBRIGATÓRIO QUANDO SE TRATAR DE LEIS ORGÂNICAS E DE REGULAMENTOS DAS CASAS DO PARLAMENTO

Contudo, a decisão do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho Constitucional não será suscetível de recurso.

Submetida a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho Constitucional e declarada que a disposição legal impugnada é compatível com a Constituição, esta disposição tem a sua validade confirmada e permanece no sistema jurídico.

Se, do contrário, o Conselho Constitucional declara que a disposição legal impugnada é incompatível com a Constituição, a decisão do Conselho Constitucional tem como efeito a *revogação* desta disposição<sup>6</sup>. Ela desaparecerá definitivamente do sistema jurídico francês a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou uma data posterior especificada na referida decisão.

Não cabe recurso contra as decisões do Conselho Constitucional, que são obrigatórias para os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e judiciais.

## 5. Considerações finais

Enfim, ficou claro que a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que modificou a Constituição francesa de 4 de outubro de 1958, alterou significativamente o modelo francês de controle de constitucionalidade, para permitir, ao lado de uma fiscalização preventiva, um controle repressivo da constitucionalidade das leis.

Logrou inserir na Constituição francesa de 1958 um procedimento por meio do qual qualquer pessoa, figurando como parte em qualquer processo judicial ou administrativo, pode se opor à constitucionalidade das leis em vigor, desde que estas disposições legislativas não tenham sido declaradas constitu-

cionais em fiscalização preventiva.

Por este procedimento, qualquer parte em processo administrativo ou judicial, pode suscitar a inconstitucionalidade de uma lei em vigor, através de uma questão prioritária de constitucionalidade, que será admitida pelo tribunal (administrativo ou judicial), desde que atendidos certos critérios, e remetida para o Conselho de Estado ou Tribunal de Cassação, conforme se trate, respectivamente, de matéria de competência da jurisdição administrativa ou judicial, para definitivo encaminhamento ao Conselho Constitucional, ao qual compete, com exclusividade, o controle de constitucionalidade da lei impugnada.

Não há dúvida que a reforma em tela assegurou a qualquer pessoa o direito de defender as suas prerrogativas e liberdades constitucionais. Porém, é certo também que a aludida reforma, ao permitir outra forma de impugnação às leis incompatíveis com a Constituição, buscou melhor garantir a supremacia da Constituição francesa e afastar do sistema jurídico as disposições legislativas inconstitucionais que passam incólume ao controle preventivo de constitucionalidade. ■

## Notas

1 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, pp. 94-99.

2 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 832. Conforme também CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, pp. 94-99.

3 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 29.

4 Sobre o tema, conferir a recente doutrina francesa: ROUSSEAU Dominique, *La question prioritaire de constitutionnalité*. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p.. FRANCOIS Bastien. *Article 61-1*. La Constitution Sarkozy, Ed. Odile Jacob, février 2009, p. 144-146. BERNAUD Valérie, *Article 61-1*. G. Cornac, F. Luchaire et X. Prétot,

La Constitution de la République française - Analyses et commentaires, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467. BADINTER Robert. L'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, décembre 2008, p. 39-49. STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003. Marc GUILLAUME, *La question prioritaire de constitutionnalité*, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/QPC/qpc\\_mguillaume\\_19fev2010.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf).

5 Eis a redação do dispositivo: ARTICLE 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

6 Em conformidade com o art. 62 da Constituição Francesa, a disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 será revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou uma data posterior especificada na referida decisão. O Conselho Constitucional fixará as condições e os limites em que os efeitos produzidos pela disposição podem ser questionados.

## Referências

BADINTER Robert. L'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, décembre 2008, p. 39-49.

BERNAUD Valérie, *Article 61-1*. G. Cornac, F. Luchaire et X. Prétot, La Constitution de la République française - Analyses et commentaires, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2. ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

FRANCOIS Bastien. *Article 61-1*. La Constitution Sarkozy, Ed. Odile Jacob, février 2009, p. 144-146.

ROUSSEAU Dominique, *La question prioritaire de constitutionnalité*. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p.

STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003.

# A PROTEÇÃO TRABALHISTA-CONSTITUCIONAL

**Luiz Marcelo Figueiras de Góis** | [img@bmalaw.com.br](mailto:img@bmalaw.com.br)

Advogado/RJ

Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP)

Especialista em Direito Civil-Constitucional (UERJ)

Professor de Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas

## Excertos

*“Ao longo das últimas décadas constatou-se que, em tempos de crise, a manutenção do empreendimento econômico – e, com ele, do sustento do universo de direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados – faz-se através do sacrifício dos postos de trabalho. O empresário, pressionado, demite para sobreviver”*

*“Tais entraves revelados pela experiência prática demonstram que a flexibilização feita via negociação com sindicatos resolve apenas poucos casos, deixando a grande maioria ao sabor da própria sorte”*

*“A superação da filosofia liberal exige que o trabalhador seja agora identificado não mais como um indivíduo atomizado, mas como uma pessoa. Como tal, possui vínculos sociais e afetivos; insere-se em um seio social e é nele que se realiza e se identifica”*

*“A estrutura de proteção ao empregado-indivíduo ignora o seu impacto nos empregos dos demais membros da coletividade (...) Por este motivo, o direito do trabalho tornou-se um direito de minoria”*

*“O direito do trabalho precisa refletir se, hoje, com suas estruturas de pensamento, métodos de interpretação, regras e princípios, está promovendo ou freando o desenvolvimento da dignidade humana do trabalhador”*

Alguns pensamentos me angustiam relativamente à forma como os princípios de direito do trabalho vêm sendo estudados, em especial o chamado “princípio da proteção”.

A proposta de releitura desse princípio – e, mais abrangentemente, do paradigma tutelar – ocorre em bom momento, pois se decanta aos quatro ventos a crise que perpassa o direito do trabalho.

A crise em muito se deve ao fato de os “atores da relação de emprego”<sup>1</sup> não encontrarem no direito trabalhista atual resposta satisfatória para os problemas que a modernidade traz para as relações de trabalho. Com efeito, o direito positivado vem se mostrando pouco eficiente na tarefa de solucionar os impasses surgidos a partir das últimas décadas do século passado como corolário da chamada Revolução Tecnológica, especialmente no que diz respeito às chamadas “novas formas de trabalho”.

É que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – diploma central no estudo da disciplina trabalhista – reúne normas voltadas à tutela de uma espécie de relação de trabalho que, com o passar do tempo, se fez passado. Buscar, por exemplo, no simples conceito de empregado presente no seu art. 3º a resposta para situações como o teletrabalho,

o *home office*, o trabalho por conta própria e a administração de empresas (para citar o mínimo) faz com que o estudioso encontre mais dúvidas do que respostas para solucioná-las.

É nesse cenário de incertezas que os princípios passam a ter um papel nuclear. A maleabilidade que lhes é peculiar permite que eles se apliquem a diversas situações, em diferentes contextos históricos, sociais e econômicos, sem que percam o traço de centralidade para a disciplina laboral.

Tendo em mente que o direito do trabalho, segundo **Plá Rodrigues**, é um direito voltado a proteger o trabalhador<sup>2</sup>, o estudo do paradigma de proteção, antes de útil, é necessário para a compreensão da dimensão desse ramo do direito nos dias de hoje.

Analisaremos, em primeiro lugar, o paradigma protecionista surgido com o nascimento do direito do trabalho para em seguida avaliá-lo diante da crise atravessada atualmente por este ramo do direito.

Após uma breve crítica à flexibilização como medida capaz de tirar o direito do trabalho da crise, revisaremos sua função, para, finalmente, redefinirmos o que entendemos ser possível extrair de um princípio de proteção nos dias atuais.

## 1. O paradigma da proteção

O direito do trabalho foi concebido como um direito de resistência. Ele representava um freio ao avanço do capital sobre o trabalho, uma forma de proteger o ser humano contra a exploração. Uma maneira, enfim, de conferir um mínimo de dignidade aos indivíduos que alienavam seu tempo, sua saúde e sua força em favor de um empreendimento empresarial.

Era preciso, inegavelmente, conferir um tratamento jurídico favorável ao empregado, de modo a suprir a profunda desigualdade existente entre ele e seu patrão.

Restringia-se, assim, a autonomia contratual para se preservar um bem jurídico superior de dignidade do trabalhador.

Esse primado da tutela do hipossuficiente aperfeiçoou-se doutrinariamente ao longo dos anos e deu origem a toda a gama de proteção do trabalhador subordinado. Nesse contexto, foram editados inúmeros diplomas legais que, intervindo na autonomia contratual das partes da relação de emprego, estabeleceram direitos e condições de trabalho de observância obrigatória aos contratantes<sup>3</sup>.

É neste ponto que se encontra hoje a experiência brasileira: temos um belo conjunto normativo para a tutela do empregado hipossuficiente, que lhe resguarda um riquíssimo acervo de direitos. Ele tem garantidas as férias anuais, o 13º salário, o adicional de horas extras e a higidez do ambiente de trabalho. Ele tem direito a receber adicionais quando trabalha em condições nocivas à sua saúde, à noite ou quando é transferido o local de seu trabalho. Ele deve receber equipamentos de proteção individual. Deve repousar pelo menos uma vez por semana e nos feriados oficiais. Tem, ainda, o direito de estar inserido em uma seguridade social custeada por todos os membros da sociedade.

Mais do que estarem assegurados por força de lei, estes benefícios não podem ser renunciados, transacionados ou transferidos pelo trabalhador. Sua remuneração é intangível e irredutível. Para além disso, benefícios concedidos habitualmente incorporam-se ao seu patrimônio jurídico e passam a não mais dele poder ser retirados por vontade das partes envolvidas na relação de emprego, surgindo em favor do empregado uma regra de não retrocesso trabalhista<sup>4</sup>.

Além desse sistema normativo privilegiado para o empregado, a

doutrina desenvolveu ao seu redor uma *segunda couraça jurídica*, para mantê-lo a salvo de investidas capitalistas tendentes a diminuir sua gama de direitos e garantias laborais.

Essa dupla couraça – legislação tutelar complementada por um acervo principiológico conferidor de um *status* jurídico privilegiado ao trabalhador – é o que se convencionou chamar “paradigma da proteção”.

Entre os princípios que classicamente são considerados formadores da segunda camada desse conjunto protecionista tem maior relevo o chamado princípio protetivo (também denominado princípio protetor, de proteção<sup>5</sup>, *pro operario* ou tutelar), cujo objetivo, nas palavras de Plá Rodriguez, é justamente “estabelecer um amparo preferencial”<sup>6</sup> ao trabalhador.

Ao sistematizar o princípio protetivo, o autor uruguaio – que é amplamente citado na doutrina majoritária brasileira – dividiu-o em três grandes vertentes de aplicação: uma interpretativa e duas integrativas.

A primeira vertente em que se desdobra o princípio protetivo seria a chamada regra do *in dubio, pro operario*. Trata-se de uma regra interpretativa segundo a qual a norma trabalhista deve ser lida sempre no sentido que mais favorecer o trabalhador. Caso a mesma norma dê ensejo a mais de uma interpretação, deve-se optar por aquela que mais beneficie a parte obreira<sup>7</sup>.

A segunda vertente, voltada para a integração de diplomas legais, é consubstanciada na regra da “norma mais favorável”. De acordo com esta regra, sempre que houver mais de uma norma aplicável à relação

jurídica de direito do trabalho, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao empregado<sup>8</sup>.

Finalmente, a terceira vertente concentra-se na superveniência de uma norma a uma relação de emprego pré-existente. Quando uma determinada regra é inserida no ordenamento jurídico, deve-se utilizar o critério da “condição mais benéfica” para determinar se ela irá ou não se aplicar à relação de emprego existente. Caso as normas anteriores sejam mais benéficas ao trabalhador, elas de-

vem continuar a ser praticadas, em detrimento da aderência ao contrato individual de trabalho das regras editadas *a posteriori*<sup>9</sup>.

Prega-se, assim, que normas duvidosas sejam interpretadas em favor do empregado e, em caso de conflitos entre dois diplomas normativos, deva

sempre prevalecer aquele que mais beneficiar a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

Em linhas gerais, este é o paradigma da proteção que o nosso direito do trabalho clássico abraça.

É neste contexto que o professor Cesarino Junior identifica o seu “Direito Social” como o “complexo de normas tendentes à proteção dos economicamente débeis”, deixando claro que estas normas “visam estabelecer o equilíbrio social, pela proteção aos economicamente fracos”<sup>10</sup>.

Mas cremos que a concepção de simples proteção ao trabalhador outrora realmente existente – vinculada à ideia de freio aos avanços do capital, diminuição de diferenças econômicas, reequilíbrio de forças e conquista de direitos sociais –

### A PRIMEIRA VERTENTE EM QUE SE DESDOBRA O PRINCÍPIO PROTETIVO SERIA A CHAMADA REGRA DO *IN DUBIO, PRO OPERARIO*

modificou-se junto com o contexto histórico no qual foi concebida<sup>11</sup>. Atingiu sua maturidade ao longo do século XX e mudou de formato a partir dos anos 1970.

## 2. Crise do paradigma tradicional de proteção

Durante a sua construção, não se questionou a respeito da sustentabilidade do modelo protecionista à luz da realidade econômica, posto que no momento histórico de seu desenvolvimento as crises econômicas não passavam de profecias malthusianas. Pouco importava, assim, que o empresariado fosse obrigado a arcar com mais custos em virtude da criação de uma casca de proteção em torno do empregado. Se o emprego custava-lhe mais caro, estes custos eram em grande medida repassados para o mercado, embutidos nos preços dos produtos ou serviços comercializados<sup>12</sup>.

Mas não tardou para a humanidade descobrir que o sistema capitalista traz inerentes a si crises em ciclos semelhantes às ondas do mar: uma calmaria sempre precede a tormenta, depois da qual uma nova calmaria chega. E a frequência das crises vem se acentuando em virtude do fenômeno da globalização, que aumenta a pressão por resultados e por maior competitividade sobre a estrutura produtiva.

Junto com esta constatação veio outra: a de que o direito do trabalho é talvez o ramo do direito mais conectado com a economia. O que acontece na infraestrutura econômica repercute necessariamente na supraestrutura laboral<sup>13</sup>. A partir do momento em que a pujança financeira do capitalismo fraqueja, as relações de trabalho sofrem imediatamente os efeitos da crise. Nesse sentido, inúmeros autores lembram que o direito do trabalho tem “notórias implicações econômicas”<sup>14</sup> e que deixá-lo alheio

à realidade econômico-social traz como consequência a perda de efetividade da disciplina<sup>15</sup>.

Nessa linha, a indissociabilidade entre capital e trabalho foi também uma inafastável constatação na história da humanidade.

Embora tendencialmente antagônicos, um depende do outro para a prosperidade. Sem mão de obra, o capital se estagna; não se produz e não se consome coisa alguma. De outro lado, sem a organização empresarial, não se disponibilizam postos de trabalho e, assim, reduzem-se as possibilidades de subsistência e inserção social do ser humano<sup>16</sup>.

As crises cíclicas do capitalismo põem em xeque esse ténue equilíbrio entre capital e trabalho. Elas ameaçam a sobrevivência das unidades empresariais em virtude da conjugação de fatores como a baixa disponibilidade de recursos no mercado, o aumento de juros para empréstimos a prazo, aumento de preços dos insumos, a saturação de mercados consumidores e o desaquecimento econômico. Como consequência, a empresa adotada medidas de redução de despesas, voltadas inicialmente para aqueles gastos tidos como supérfluos.

Tomemos como exemplo uma empresa que conceda cafés da manhã graciosamente aos seus funcionários. A despesa com esse benefício certamente seria uma das primeiras a serem cortadas em momentos de crise. Todavia, de acordo com o art. 458 da CLT, a alimentação fornecida *in natura* é considerada parte da remuneração dos empregados. A cessação de sua concessão representaria uma redução salarial, redução esta vedada pelo princípio da irredutibilidade (corolário do princípio da proteção), previsto no art. 7º, VI da Constituição. Ainda que o empregador fosse cadastrado no Programa de Alimentação do Trabalhador e que o café da manhã,

por este motivo, fosse excluído do conceito de salário, a supressão desse benefício seria igualmente considerada ilícita, tendo em vista que a repetição da sua concessão ao longo do tempo faz com que ele se incorpore ao patrimônio jurídico dos empregados. Ainda que aceita pelos trabalhadores, a alteração dessa condição de trabalho seria nula, por força do princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas (também corolário daquele princípio) e da regra do não retrocesso contida no art. 468 Consolidado.

Como se vê, não há uma solução dentro da legalidade para as partes. Ante a impossibilidade de novação quanto às cláusulas do contrato de trabalho – que decorre do paradigma da proteção –, oferece-se como única saída o desfazimento do vínculo contratual, o “corte de pessoal”, o desemprego.

Os momentos de tormenta econômica revelaram-se, assim, danosos para o emprego e para a inclusão social através dele. Ao longo das últimas décadas constatou-se que, em tempos de crise, a manutenção do empreendimento econômico – e, com ele, do sustento do universo de direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados – faz-se através do sacrifício dos postos de trabalho. O empresário, pressionado, demite para sobreviver. Salvam-se, junto com o empreendimento, alguns postos de trabalho. Perdem-se os demais. Alguns empregados pagam o preço pela manutenção da empresa e dos empregos dos outros trabalhadores<sup>17</sup>.

O paradigma da proteção é sustentado, assim, a um alto custo. Não se trata simplesmente de arcar com a gama de direitos consagrados em lei (como férias e horas extras), os quais refletem uma história de justas conquistas e correspondem a importantes medidas de proteção à saúde e à higidez psicológica do

trabalhador. Trata-se de suportar uma estrutura que não oferece alternativas à empregabilidade em momentos de crise. As partes da relação de emprego estão tão engessadas dentro do modelo protetivo, que o direito brasileiro não dá outra saída que não seja a ruptura da relação de trabalho diante de uma ameaça concreta à preservação da empresa.

### 3. A flexibilização como saída?

Neste momento de impasse, em que se reclama por uma válvula de escape que proporcione alguma maleabilidade ao rigor protetivo, os livros universitários invariavelmente remetem o estudioso à negociação coletiva de trabalho como forma de solucionar tais obstáculos, através do recurso à flexibilização<sup>18</sup>. Mas a experiência revela que essas negociações geralmente não respondem satisfatoriamente às partes envolvidas na relação de emprego.

Com efeito, tais negociações são sempre tensas, arrastadas, lentas. O que se vê nessas ocasiões, geralmente, é uma entre três situações: (I) sindicatos fazendo reivindicações descabidas e postulando por garantias inatingíveis pelo empregador, acreditando que assim estão fazendo um bem para a coletividade representada; (II) sindicatos pelegos – geralmente pouco representativos – que, em troca de promessas de contribuições adicionais aos seus cofres, aderem aos interesses patronais; ou (III) sindicatos oportunistas, que utilizam esses momentos de crise para fazer campanhas políticas de seus membros, sob o argumento da defesa dos seus representados<sup>19</sup>.

Não é difícil perceber em nenhuma das situações acima uma negociação séria que enceta resultados eficientes.

Na primeira hipótese ventilada, a negociação sequer sai do papel, uma vez que a extensa pauta de reivindicações inviabiliza o diálogo.

Embora nestes casos o sindicato realmente mostre-se interessado na defesa da categoria representada, o empresário, atravessando uma situação de crise, não consegue aderir aos clamores sindicais.

Na segunda situação, geralmente se obtém um acordo coletivo flexibilizador. No entanto, esse acordo não se reveste de validade porque a real vontade da categoria profissional não é levada em conta pelo sindicato, que a troca por contribuições pagas pela entidade patronal em uma espécie de “suborno velado”, travestido através das chamadas “taxas negociais”, “contribuições negociais” e congêneres, embutidas no corpo dos acordos coletivos de trabalho dessa natureza.

Finalmente, na terceira hipótese, tal qual na segunda, não há verdadeiro interesse por parte do sindicato de representação da categoria profissional. Ele apenas utiliza o momento de crise para lançar plataformas políticas de seus dirigentes. As negociações, como regra, são revestidas por piquetes e carros de som decantando que a diretoria do sindicato “não se renderá às investidas do capital sobre o trabalho” em uma postura de pseudodefesa da categoria. Não é difícil imaginar o resultado: a negociação emperra, a flexibilização não acontece, a empresa quebra, o empregado perde o emprego e o dirigente sindical, quem sabe, se elege parlamentar.

Não negamos, entretanto, que em algumas situações haja sindicatos razoáveis, sensíveis à situação econômica do empresariado e realmente preocupados em defender a base representada. Estes, algumas vezes, conseguem atingir um de-

terminador quando solicitados a negociar em momentos de crise. Contudo, ainda nestes casos, a negociação coletiva toma tempo – são necessárias assembleias, formulação de pauta de reivindicações, negociações, nova assembleia etc. Quando o acordo coletivo de trabalho<sup>20</sup> é finalmente confeccionado, muitas vezes já é tarde demais para se tomar decisões tendentes à pre-

servação de grande parte da empresa e dos empregos que ela gera.

Tais entraves revelados pela experiência prática demonstram que a flexibilização feita via negociação com sindicatos resolve apenas poucos casos, deixando a grande maioria ao sabor da

própria sorte.

Ao lado desses entraves de ordem prática<sup>21</sup> (e, mais precisamente, em sua origem), há graves problemas jurídicos na estrutura sindical brasileira, que comprometem o recurso à negociação coletiva como medida eficiente para oferecer respostas trabalhistas em épocas de crise.

Tome-se em conta, logo de início, o caráter corporativista ainda existente na estrutura sindical, caráter esse avalizado por nossa Constituição através do seu art. 8º. Nele há a consagração de institutos como a representação obrigatória por categoria, a contribuição compulsória e a unicidade sindical, que colidem fortemente com os preceitos de liberdade sindical efetiva, preceituados na Convenção 87 da OIT.

Essa estrutura permite a proliferação de sindicatos viciados em sua essência e despreocupados com os reais interesses de sua base de representação (vez que a mesma está garantida “para sempre” inde-

OS MOMENTOS  
DE TORMENTA  
ECONÔMICA  
REVELARAM-SE,  
ASSIM, DANOSOS  
PARA O EMPREGO  
E PARA A  
INCLUSÃO SOCIAL  
ATRAVÉS DELE

pendentemente da eficiência da sua atuação<sup>22</sup>). Reflexo dessa “alienação sindical” brasileira é o fato de apenas 18% dos trabalhadores em nosso país serem formalmente filiados a sindicatos profissionais, segundo a PNAD divulgada em 2009.

Soma-se a isso o fato de o Brasil ainda não ter implementado um sistema de representação dos empregados nas empresas, a despeito de a Convenção 135 da OIT ter sido por nós ratificada em 1991 e de nossa Carta Magna prever tal modalidade jurídica através de seu art. 11.

Ora, semelhante representação dos empregados é, a nosso ver, muito mais apta a apreender tanto a real necessidade dos trabalhadores, como a verdadeira situação econômico-financeira do empregador. Ela tem muito mais sensibilidade para imprimir o tom das negociações e saber onde avançar e quando recuar, pois está prostrada dentro da empresa, no coração do problema.

Sem a implementação efetiva dessa espécie de representação, os sindicatos poucas vezes se sentem estimulados a tomar a frente dessas negociações, notadamente quando as empresas atingidas nos momentos de crise são de micro e pequeno porte – as quais respondem pela maior parte dos postos de trabalho criados no Brasil. Aqueles sindicatos mais participativos e interessados estão invariavelmente com suas agendas lotadas em épocas de crise e demonstram, no mais das vezes, pouco ou nenhum conhecimento sobre a realidade laboral travada nas referidas empresas, conhecimento este indispensável ao sucesso de uma negociação eficiente.

Some-se a isso que as situações que reclamam solução em momentos de crise nem sempre dizem respeito a toda a coletividade de empregados. Elas muitas vezes concentram-se em setores isolados ou em um número restrito de trabalhadores. Nestes

casos, foge mesmo à própria função do sindicato – de representação da categoria e de materialização da vontade coletiva – sentar-se à mesa com o empregador para solucionar problemas específicos, pontuais e setorializados.

Portanto, chega-se à triste constatação – a partir da análise da estrutura jurídica atualmente existente no Brasil e dos entraves de natureza prática decorrentes dessa estrutura – que o recurso à negociação coletiva não se mostra capaz de contornar a grave crise atravessada pelo direito do trabalho<sup>23</sup>. Quem sabe ela possa ser o caminho em um futuro distante, caso o Brasil realmente venha a concretizar o compromisso com uma real liberdade sindical e implemente, de forma eficiente, a representação de empregados na empresa. Mas hoje, inegavelmente, a negociação coletiva não oferece meios suficientes para modernizar o paradigma de proteção e trazer o direito do trabalho para a realidade contemporânea<sup>24</sup>.

#### 4. A reidentificação do objeto da proteção

A superação do impasse acima detectado – proteção que gera desemprego –, a nosso sentir, somente será obtida quando o estudioso de direito do trabalho abandonar a visão que identifica o empregado como um *indivíduo* – isolado do seu contexto social.

Essa visão individualista do trabalhador é creditada à inspiração liberal, “que vê no Homem um ser abstrato e sem raízes, perseguindo seus interesses privados numa sociedade atomizada, em que os laços de integração são frouxos, e que funciona de modo semelhante ao mercado”<sup>25</sup>.

A superação da filosofia liberal exige que o trabalhador seja agora identificado não mais como um indivíduo atomizado, mas como uma

pessoa. Como tal, possui vínculos sociais e afetivos; insere-se em um seio social e é nele que se realiza e se identifica<sup>26</sup>. Ele passa a ser visto como “um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”<sup>27</sup>.

Portanto, a proteção ao trabalhador isoladamente considerado passa a ser *tão importante quanto* a proteção da *coletividade de trabalhadores* em que aquele se insere. Dito de outro modo, o cuidado do direito do trabalho deve se destinar não só ao empregado de uma empresa, mas a todos os trabalhadores que nela trabalham<sup>28</sup>. Ele precisa ter em mente que, ao lado de um *empregado-indivíduo*, há outros que também reclamam proteção e que, igualmente, há ainda uma empresa, sem a qual não haveria a relação de trabalho em primeiro lugar.

Nestes termos, ganham importância para a área trabalhista as palavras de **Daniel Sarmiento**, que defende não ser

(...) lícito falar nem na primazia absoluta do individual sobre o coletivo, que conduziria à anarquia jurídica e impediria a organização da vida em sociedade, nem na supremacia do coletivo sobre o individual, que é liberticida, e, com seu irreduzível organicismo, pode asfixiar a pessoa humana e abrir as portas para totalitarismos de variados matizes. Na verdade, em casos de colisão entre interesses individuais e coletivos, cumpre proceder a uma atenta ponderação, que preserve ao máximo cada um deles, e que se oriente para a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>29</sup>.

É preciso superar o pensamento pequeno do hoje, do agora, da hora extra não paga, do *empregado-indivíduo*, concebido fora do contexto social em que vive. O direito do trabalho precisa enxergar o futuro, o todo, os resultados que uma postura de proteção irrefletida pode trazer à coletividade sob o ponto de vista da empregabilidade. Ele tem uma missão de materializar os comandos



constitucionais de máxima inserção do trabalhador no mercado de trabalho e funcionalização da propriedade e do trabalho (arts. 6º; 170, VIII e 5º, XXIII da Constituição).

A estrutura de proteção ao *empregado-indivíduo* ignora o seu impacto nos empregos dos demais membros da coletividade. A proibição do “passo atrás” e a incerteza quanto ao futuro da saúde do empreendimento fazem com que o empregador relute antes de oferecer qualquer vantagem ao empregado além daqueles direitos mínimos previstos em lei e em normas coletivas. O paradigma protetivo desestimula até mesmo a contratação de empregados<sup>30</sup> e a melhoria espontânea das condições de trabalho por iniciativa da empresa.

Por este motivo, o direito do trabalho tornou-se um direito de minoria. Basta analisar com cuidado os dados revelados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) divulgada pelo IBGE<sup>31</sup> que toma como base o período entre a segunda metade de 2007 e o primeiro semestre de 2008. Mesmo sem considerar os efeitos da crise econômica desencadeada no segundo semestre de 2008, os dados demonstram que quase 25 milhões de brasileiros trabalhavam sem carteira assinada ou estavam subempregados. Soma-se a essa quantidade outros 18,7 milhões que, embora tenham sido considerados formalmente “ocupados” pelos dados oficiais, informaram àquele instituto de pesquisa que trabalham “por conta própria”.

Isto relega a quantidade de empregados com vínculo reconhecido a meros 36,4% da população tida pelo Governo Federal por “ocupada”.

Além disso, a mesma PNAD revelou que 33,4% das pessoas entrevistadas – inclusive aqueles que se declararam empregados registrados – cumprem jornada superior a 44 horas semanais. Ou seja, o fato de se trabalhar sob vínculo empregatício

no Brasil não assegura ao indivíduo as garantias mínimas estabelecidas na legislação.

É o próprio contrassenso: um modelo de proteção que, no papel, protege, mas que, na prática, desprotege; que expulsa o trabalhador da formalidade para a informalidade. Na pretensão de alcançar um máximo de garantias ao empregado, ele acaba não assegurando sequer o emprego. Ao invés de incluir, ele exclui.

A utilização desse paradigma protecionista de maneira irrefletida e pouco maleável traz como última consequência a afronta aos preceitos constitucionais da valorização social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), do primado do trabalho (art. 193) e de dignidade humana (art. 1º, III).

É preciso, portanto, evoluir; trazer para o compasso constitucional o paradigma de proteção. Aplicar-lhe uma interpretação conforme a Constituição de modo a que ele deixe de ser um “Quasimodo jurídico” e volte a se encaixar como engrenagem à máquina jurídica nacional.

O direito do trabalho precisa refletir se, hoje, com suas estruturas de pensamento, métodos de interpretação, regras e princípios, está promovendo ou freando o desenvolvimento da dignidade humana do trabalhador. Será que o engessamento das condições de trabalho realmente protege o empregado? Em que consiste, na verdade, em um mundo globalizado, fragmentado, pluralista e informatizado, proteger o trabalhador? Trata-se de buscar novas conquistas? Proteger todos os direitos já alcançados e incorporados a um contrato de trabalho? Ou será

que a proteção que os trabalhadores reclamam atualmente é mais abrangente, mais ampla? Como se entender, enfim, no mundo contemporâneo, o paradigma da proteção?

## 5. A superação da proteção tradicional

Uma vez constatado que a função de um direito do trabalho constitucionalizado supera a ótica individualista, seu caráter social-humanista faz com que a proteção transcenda a figura do empregado isolado, egoisticamente considerado, e se foque na universalidade de trabalhadores, sem perder de vista a necessária atenção a ser dada ao empregador na condição de criador de postos de trabalho.

Assim, com a modernização da função da disciplina, enfraquece-se a justificação dada pela doutrina à sustentação tradicional do princípio da proteção. Opera-se, na verdade, a ampliação do foco da disciplina, agora vista sob o enfoque da Constituição.

Ela se destina a cuidar do emprego, a solucionar o problema de exclusão social a partir da preservação dos postos de trabalho, trazendo como consequência maior sentimento de justiça social através da valorização do primado do trabalho. Vai buscar, sempre que possível, soluções e institutos jurídicos que protejam o empregado sem importar o comprometimento da preservação dos empregos dos demais trabalhadores.

Essa é uma tendência mundial e não só brasileira. Também em Portugal defende-se uma nova função para a disciplina trabalhista que transcenda a antiga ideia de proteção ao

AQUELES  
SINDICATOS MAIS  
PARTICIPATIVOS  
E INTERESSADOS  
ESTÃO  
INVARIAVELMENTE  
COM SUAS  
AGENDAS LOTADAS  
EM ÉPOCAS DE  
CRISE

empregado. Assim é que, seguindo a linha acima descrita, Pedro Romano Martinez afirma que “o direito do trabalho não foi estabelecido para defender os trabalhadores contra os empregadores, ele existe em defesa de um interesse geral, onde se inclui toda a comunidade. A comunidade, de que fazem parte trabalhadores e empregadores, beneficia\* da mútua colaboração e da paz social”<sup>32</sup>.

O mesmo caminho parece estar aberto na Espanha, conforme se constata da lição de **José Castán Tobeñas**: “a justiça e o direito devem perseguir soluções de equilíbrio harmônico (que se traduzirá umas vezes em proteger o trabalhador, mas outras vezes em prestar proteção à empresa) e devem estar, sempre, a serviço da coletividade, que tem preferência sobre o interesse próprio dos indivíduos e dos grupos”<sup>33</sup>.

No Brasil, pouquíssimos autores de direito do trabalho ousam desafiar abertamente o paradigma protecionista. O principal deles de que temos conhecimento é **Arion Sayão Romita**, que faz uma crítica abrangente ao princípio de proteção<sup>34</sup>.

Ele reconhece que “repugna ao ideal de justiça a proteção de um dos sujeitos de certa relação social. O ideal de justiça se realiza quando o direito compensa desigualdades iniciais pela outorga de garantias aptas a igualar as posições (ou, pelo menos, atenuar a desigualdade inicial)”<sup>35</sup>. Nessa linha, o autor defende não caber ao direito proteger quem quer que seja. Sua função seria apenas criar meios para equilibrar a desigualdade econômica existente entre as partes da relação de emprego<sup>36</sup>.

Em detido estudo, o mestre fluminense afirma que a criação de uma estrutura heterônoma de proteção legitima uma situação de injustiça social e perpetua o *status* do empregado como um eterno dependente de “favores” do poder público. Trata-se, na sua opinião,

aqui retratada em linhas gerais, de uma construção que legitima a dependência estrutural do empregado aos governantes, pois se há alguém a ser protegido, faz-se necessário alguém para proteger.

Por este motivo, Romita duvida que a intenção do direito do trabalho seja realmente a de proteger o trabalhador<sup>37</sup>. Para ele, a proteção favoreceria, na verdade, aqueles que estão no poder atuando como “defensores” da classe operária. Nesta linha, seria necessário ao direito do trabalho abandonar a estigma protecionista e fornecer aos empregados meios de, sozinhos, realmente atingir sua “maioridade social”<sup>38</sup>. O caminho para tanto passaria pelo fortalecimento dos sindicatos e corpos sociais intermediários, estes sim capazes de suprir uma hipossuficiência inerente à condição do empregado e fazer com que sua voz seja ecoada e respeitada pelos demais atores da relação de emprego<sup>39</sup>.

A proposta de ampliação do foco da disciplina trabalhista também é proposta por Arnaldo Sússekind, para quem hoje em dia

“(…) o Direito do Trabalho já não visa ao operário, como ente mais fraco na vida em sociedade, nem tem a finalidade econômica da legislação de Bismarck. Ele se situa em plano imensamente mais elevado, com o grande objetivo de solucionar o problema. (...) Valorizando o trabalho humano, seja aquele que realiza o empregado, seja o que faz o empregador, na gestão de sua empresa, o Direito do Trabalho persegue uma finalidade político-social que é a paz social, a harmonia social.”<sup>40</sup>

Apesar de a crítica ao paradigma protecionista ser relativamente recente no Brasil, ela já vem sendo feita com mais veemência em outros países. Em Portugal, por exemplo, cujo direito do trabalho é principiológicamente semelhante ao nosso, o paradigma da proteção foi em larga medida alterado. Como explica **António Monteiro Fernandes**, o

ordenamento trabalhista daquele país já admite que normas menos benéficas venham a ser editadas pelo poder público e passem a se aplicar a contratos individuais de trabalho pré-existent<sup>41</sup>.

Além disso, já se defende com grande consistência naquele país que o princípio do *favor laboratoris* não pode mais ser aplicado sob o enfoque individualista, não servindo como regra de interpretação das relações de direito do trabalho, o que, de todo, parece absolutamente coerente com a realidade brasileira.

Com efeito, sustenta-se que o “favor ao empregado” representou um passo histórico no processo de construção de uma nova disciplina em torno do trabalhador. Mas, tendo em vista que essa disciplina já foi construída e, com ela todo um arcabouço de normas, estruturas de pensamento e princípios, o *favor laboratoris* já cumpriu seu papel de consolidação do direito do trabalho<sup>42</sup>. Ele foi bem sucedido na criação de um ramo do direito cujas normas enfocam a proteção ao trabalhador. Tendo o direito do trabalho se afirmado na comunidade jurídica como disciplina autônoma e editado abrangentes normas protetivas, não há mais sentido para, também no momento de se aplicar tais normas – que já colocam o empregado em um patamar privilegiado – utilizar regras de interpretação ou de integração que favoreçam o trabalhador.

Nesse sentido, **Pedro Romano Martinez** sustenta que

“(…) o princípio do tratamento mais favorável tem, contudo, de ser entendido num contexto actual. Hoje, o direito do trabalho, autonomizado do direito civil, continua a privilegiar a protecção do trabalhador subordinado, mas com normas próprias. As normas de direito do trabalho foram elaboradas tendo em vista a protecção do trabalhador, e como elas constituem, em si, um sistema coerente, retomar a ideia tradicional do *favor laboratoris* é um contra-senso. (...) É absurdo que, existindo um corpo de

normas destinadas a proteger o trabalhador, se vá interpretá-las no sentido do tratamento mais favorável ao próprio trabalhador. Isso só tinha sentido quando o direito do trabalho era um ordenamento incipiente e se interpretavam as normas de direito civil no sentido mais favorável ao trabalhador”<sup>43</sup>

Assim, o *favor laboratoris* deve ser entendido apenas “numa perspectiva histórica sem aplicação prática”. Quando muito ele se justifica nos dias de hoje enquanto “princípio de política legislativa”<sup>44</sup>, mas não mais como regra de interpretação ou de integração<sup>45</sup>. Conferir validade, atualmente, a uma regra *in dubio, pro operario*, por exemplo<sup>46</sup>, seria negar compreensão histórica à evolução do direito do trabalho<sup>47</sup>. Seria recusar que ele já alcançou uma estrutura legal madura de proteção ao trabalhador. Representaria reconhecer o fracasso da legislação na tutela do interesse do hipossuficiente, remetendo o seu intérprete a recursos metalegais para tentar conferir uma hiperefetividade para seu comando<sup>48</sup>.

O que se defende é que, nos dias atuais, não faz mais sentido existirem duas “courações” em torno do empregado, uma normativa e outra metalegal. Isto porque, além das regras legais de proteção, os princípios constitucionais já lhe garantem a dignidade e o emprego (arts. 1º, III e 6º c/c 7º, I). Impõem ao empregador a observância de preceitos solidaristas e a funcionalização do contrato e da própria empresa (arts. 3º, I e 5º, XXIII). Preveem a necessidade de uma atuação reciprocamente proba entre as partes (art. 1º, III da Constituição c/c art. 422 do Código Civil). E colocam capital e trabalho em patamar de igualdade em nossa República (arts. 1º, IV e 170, *caput*). Dessa forma, conferir um tratamento privilegiado para além desses preceitos parece violar o ideal isonômico vislumbrado na realidade constitucional brasileira.

O problema do desamparo em que se encontra a maior parte da população economicamente ativa não está na *insuficiência* de proteção. Está, isso sim, na questão de sua *efetividade*, de *aplicar* as regras tutelares de forma eficiente e de trazer os trabalhadores para o abrigo dessa proteção<sup>49</sup>. Não é à toa que a Organização Internacional do Trabalho, preocupada com o impacto da modernidade nas relações de trabalho, editou em 2006 a sua Recomendação 198, reclamando dos países-membros a revisão de suas políticas públicas em busca de se atingir uma proteção mais efetiva aos trabalhadores.

Ora, a proteção tradicional assusta, desestimula e exclui<sup>50</sup>. Levado a extremo, o intuito protetivo desmedido pode levar mesmo à sua autodestruição<sup>51</sup>.

## 6. O princípio da proteção na perspectiva trabalhista-constitucional

Embora o paradigma da proteção sofra uma inegável reformulação diante da nova função assumida pelo direito do trabalho, não entendemos possível afirmar que ele deixou de existir. Na verdade, ele apenas muda de formato<sup>52</sup> diante da inquestionável projeção das normas constitucionais para dentro da disciplina trabalhista ocorrida após a edição da Carta de 1988.

É que o direito do trabalho, enquanto disciplina jurídica, fundamenta-se e justifica-se somente se estiver em compasso com os ditames constitucionais. Seus institutos só podem ser entendidos como instrumentos para materialização dos valores consagrados na Lei Maior,

diante das exigências de um sistema que se pretende seja unitário<sup>53</sup>.

O mesmo ocorre com as suas estruturas de raciocínio e métodos de interpretação. Ambos devem refletir as escolhas axiológicas impressas no tecido constitucional.

Portanto, para aferição do novo formato assumido pelo paradigma protecionista, será necessário buscar

### O PARADIGMA PROTETIVO DESESTIMULA ATÉ MESMO A CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS E A MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO POR INICIATIVA DA EMPRESA

a concretização dos conceitos (abertos) da “norma mais favorável” e da “condição mais benéfica” à luz da Carta de 1988.

A base axiológica da Constituição Federal<sup>54</sup> impõe – diante dos preceitos do primado do trabalho, da busca pelo pleno emprego, da inclusão social, da dignidade humana e da função social – que a resposta

seja obtida a partir da conjugação entre a tutela do *empregado individualmente considerado* e a proteção social da *coletividade de trabalhadores* em que esse empregado-indivíduo está inserido. Ao intérprete cabe verificar, no caso concreto, em qual desses dois polos os valores constitucionais serão melhor concretizados.

Não há preferências ou prevalências entre um e outro *a priori*. A norma “mais favorável” será aquela que favorecer *simultaneamente* o indivíduo e a coletividade de trabalhadores<sup>55</sup>, a partir de uma justa ponderação de interesses. Se a pretensa solução “mais favorável” ou “mais benéfica” para um caso concreto, mostrar-se boa apenas para o indivíduo, mas causar um mal imediato à coletividade, ela não poderá ser implementada, pois, de fato, não será a mais favorável.

Com isso os critérios da condição mais benéfica e da norma mais favorável passam a ser funcionalizados, somente se justificando quando tomarem em conta a função social (e não apenas individual) que desempenham.

O novo paradigma da proteção, assim, tem como objetivo buscar o equilíbrio entre a esfera individual do trabalhador e a universalidade de empregados que podem sofrer um impacto negativo a partir de um possível enfoque egoísta da proteção pretendida. Dito em termos mais simples: se a proteção de um implicar automaticamente a desproteção e o desemprego de muitos, não haverá, na verdade proteção.

Ela será falsa, insustentável frente à nova ordem abraçada pelo Brasil a partir de 1988 e, por isso, será inconstitucional.

Naturalmente, a conjugação desse equilíbrio deve levar em conta apenas os *reflexos imediatos* que a proteção individual pode trazer na coletividade, não deixando espaços para ilações sobre potenciais problemas que poderiam vir a ser causados no futuro, de forma transversa ou difusa, após a concretização, na prática, da situação considerada mais benéfica a dado trabalhador.

Em outras palavras, uma solução que se dê a determinado caso, por exemplo, reconhecendo a um empregado a incorporação de uma verba paga com habitualidade, não pode dar ensejo ao entendimento de que, por importar um aumento de gastos para o empregador, tal incorporação não seria “mais favorável”. Neste caso, não socorrerá

à empresa o argumento de que tal aumento de gastos importaria um potencial “risco à manutenção dos empregos dos demais empregados”, uma vez que este risco não é uma consequência lógica nem imediata da interpretação conferida ao caso concreto no exemplo dado.

É que todo ato praticado em uma dada relação de emprego repercutirá, de alguma forma, no âmbito coletivo<sup>56</sup>. No entanto, para que o interesse transindividual seja ponderável na situação individualizada, entendemos que a potencialidade de prejuízo à coletividade de trabalhadores necessita ser concreta e imediatamente perceptível.

Exemplo dessa potencialidade pode ser encontrado no caso em que se decide pela ilicitude da terceirização operada por montadoras de automóveis, que descentralizam para outras empresas partes importantes de sua linha de montagem. Partindo da premissa de que as fábricas terceirizadas possuem empregados próprios assim registrados, não se pode reconhecer que a interpretação mais favorável da Súmula 331 do TST seja capaz de vedar a terceirização neste caso. Isto porque a decretação da nulidade da terceirização, embora possa eventualmente beneficiar um ou outro trabalhador isoladamente considerado, importará, imediatamente, a paralisação – ou a significativa diminuição – das atividades não só da montadora como das empresas que para ela trabalham. O mal à coletividade de trabalhadores seria evidente, diante da iminência de demissões em massa que essa interpretação confere. Ela seria claramente inconstitucional, visto que violaria

suas normas de valorização social do trabalho, do primado do trabalho e da função social.

É preciso deixar claro, com a vênua da repetição: não se defende que o benefício da coletividade deva preponderar sobre o interesse individual do trabalhador identificado no caso concreto. Quando a aplicação do critério do *favor* for indiferente à coletividade, ou não lhe causar impacto significativo, a conjugação do interesse individual com o interesse universal dará preferência ao primeiro. Somente nos casos em que o interesse coletivo for concretamente identificado e apreendido é que ele deverá prevalecer sobre a esfera individual do trabalhador afetado no caso concreto.

## Conclusão

A Constituição Federal é cheia de vida. Em seu interior pulsam valores como a preservação da dignidade humana e a exigência de construção de uma sociedade mais igual e justa. Ela valoriza o trabalho como nenhuma outra, estabelecendo que ele, juntamente com a iniciativa privada, constitui fundamento da República.

Além disso, a Constituição demonstra uma clara preocupação com a questão de solidariedade social; isto é demonstrado com a consagração do princípio da função social, o qual impõe a todas as pessoas o exercício do direito de propriedade e de contratar tomando em conta o impacto que trará na coletividade. E a preocupação constitucional com uma sociedade mais fraterna exige de todos que ajam com boa-fé nos seus tratos sociais.

Se a Constituição é uma norma jurídica e produz efeitos, não há mais como negar também eficácia vinculante aos seus princípios que encerram tais axiomas, sob pena de negar validade à Lei mais importante de toda a nação. Estes princípios

## O DIREITO DO TRABALHO PRECISA REFLETIR SE, HOJE, ESTÁ PROMOVEDO OU FREANDO O DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

constitucionais – presentes em larga escala nos direitos fundamentais, que são invocáveis nas relações de direito do trabalho – é que devem inspirar a disciplina trabalhista atual. Seus institutos devem, a todo o momento, servir de espelho para a tábua axiológica da Constituição, sob pena de uma inconstitucional afronta ao espírito do ordenamento.

O que propomos é que este recurso à Constituição na leitura do direito do trabalho – e, em especial, ao seu princípio de proteção – proporcione à disciplina maior maleabilidade e adaptabilidade a situações para as quais ela não consegue mais oferecer respostas, dentro do nível de exigência atual dos atores trabalhistas. Isto conferirá meios para que ela se atualize e, assim, consiga caminhar no sentido contrário à crise que lhe acompanha.

Neste compasso, a releitura do paradigma de proteção sob a luz da Constituição de 1988 abre um infinito de novas possibilidades à disciplina. Ela permite que se tire a poeira dos vetustos institutos de direito do trabalho e que eles sejam modernizados e transportados – já não sem atraso – para uma nova era descortinada com a Revolução Tecnológica.

Sendo a Constituição a bússola axiológica também do direito do trabalho, ela inspirará a definição daquilo que se pode entender como sendo “mais benéfico” e “mais favorável” ao empregado, agora não mais entendido como um ser atomizado, mas como uma pessoa humana contextualizada, inserida em um meio social.

Assim, o princípio de proteção constitucionalizado exigirá que, caso a caso, se faça uma justa ponderação entre os interesses de um empregado e os dos demais trabalhadores que lhe compartilham o labor. E, havendo conflito entre tais interesses, o princípio de proteção deverá exigir tutela

daqueles que melhor encerrarem os ditames constitucionais. A proteção trabalhista recairá naquele interesse que melhor concretize os preceitos de dignidade humana, valorização social do trabalho e da livre iniciativa, primado do trabalho, pleno emprego, boa-fé objetiva e função social presentes no tecido constitucional. Esta é a lente, o filtro pelo qual a disciplina trabalhista deverá passar para voltar a dar as mãos à sociedade, para lhe oferecer respostas a dilemas surgidos com a modernidade e, assim, sair da crise que atualmente atravessa. ■

## Notas

\* [Nota Bonijuris: regência do verbo beneficiar corrente em Portugal.]

1 Na feliz expressão de Hector-Hugo Barbagelata (*O particularismo do Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996, pp. 45 e ss), que inclui no “teatro” da relação de emprego não apenas as partes do contrato de trabalho, mas, igualmente, o Estado atuando em suas esferas jurisdicionais e administrativas.

2 *Princípios de Direito do Trabalho*. 4ª Tiraagem. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1996, p. 28.

3 Vide, nesse sentido, o art. 444 da CLT.

4 “Êsses princípios são: o caráter supletivo das deficiências econômicas dos indivíduos; o caráter imperativo das normas de Direito Social, visto que ele visa realizar a paz social, sendo, portanto, os benefícios que concede irrenunciáveis (...)”; in Cesarino Junior. *Direito Social Brasileiro*, 1º volume. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 102.

5 “Se ‘protetor’ é aquele ou aquilo que protege, o princípio, por si só, não pode ser protetor, já que a proteção será por ele inspirada, nunca por ele diretamente dispensada. Caberia, então, com maior precisão semântica, falar em princípio de proteção, mas não em princípio protetor: o princípio – é obvio – não protege; quando muito, induz, inspira, fundamenta a proteção”; Arion Sayão Romita. *O princípio da proteção em cheque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 23 (grifos no original).

6 Américo Plá Rodriguez, *op. cit.*, p. 28.

7 Cf. *ibidem*, p. 43-53.

8 Cf. *ibidem*, p. 53-60.

9 Cf. *ibidem*, p. 60-65.

10 *Op. cit.*, p. 27.

11 “Estou a falar, portanto, do paradigma jurídico sob cuja influência apareceram as obras pioneiras do Alfredo Palacios do ‘Nuevo Derecho’, do primeiro Evaristo do ‘Apontamentos de Direito Operário’, da doutrina do ‘contrato realidade’ de De La Cueva, e mesmo do protecionismo explicitamente autoritário do marcante e genial legado de Oliveira Vianna (...)”; um

tempo, porém, que no presente já se fez passado.”; Antônio Rodrigues de Freitas Jr. *Direito do Trabalho na era do desemprego*: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação. São Paulo: LTr, 1999, p. 68.

12 A ressaltar o repasse do custo da proteção ainda nos dias atuais está Arion Sayão Romita, *in verbis*: “Como esta modalidade de proteção onera os custos da empresa condenada em juízo (custos estes repassados para os preços dos produtos e dos serviços por ela produzidos ou prestados), e como os consumidores ou usuários são, em última análise, os próprios trabalhadores, segue-se que o ônus econômico decorrente da proteção recai sobre o trabalhador. Analisada a proteção por esta ótica, conclui-se que quem custeia a proteção é o próprio trabalhador”; *O princípio da proteção em cheque...*, p. 25.

13 “É, porém, no Direito do Trabalho, pela própria natureza de suas normas, que maiormente se refletirão as medidas econômicas”; in Cesarino Junior, *op. cit.*, p. 91.

14 Cf. Héctor-Hugo Barbagelata, *op. cit.*, p. 18. Para o autor, “a maior ou menor dimensão das conquistas em matéria de relações trabalhistas, individuais ou coletivas, tende cada vez mais a depender das circunstâncias econômicas (...)” (p. 100). Ainda sobre a correlação entre emprego, Direito do Trabalho e economia, vale destacar a lição de Alessandro Severino Valle Zenni e Cláudio Rogério Teodoro de Oliveira (*(Re)Significação dos princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 103), que apontam o emprego como engendrador de estabilidade social e de inserção no sistema socioeconômico.

15 “O favorecimento da efetividade das normas de trabalho não pode, contudo passar ao lado da racionalidade econômica: essas normas devem respeitar a adequação e a compatibilidade às exigências da gestão das empresas e às condições gerais da economia. Devem procurar a realização dos princípios e dos valores sociais inalienáveis, nos ‘ambientes’ micro e macroeconômicos reais – sob pena de ficarem inaplicadas, ou mal aplicadas, e de se tornarem ineficazes, por falharem a função social que as explica e justifica.”; Antônio Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 29.

16 Não é à toa que ambos – capital e trabalho – são postos em equivalência de igualdade ao serem listados, um ao lado do outro, como fundamentos da nossa República no art. 1º, IV da Constituição Federal.

17 Esta constatação já fora feita por Renato Rua de Almeida, segundo o qual “(...) a atual realidade sócio-econômica, caracterizada pela globalização da economia, em que a competitividade entre as empresas é cada vez mais exigente, faz com que o Direito do Trabalho passe a adotar um modelo jurídico mais próximo da vida das empresas, para regular a relação de emprego, sob pena de desproteger o empregado, ao invés de protegê-lo, ao provocar o aumento do desemprego.”; O moderno Direito do Trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 62-01, p. 37.

18 Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1400 e ss. e José Augusto Rodrigues Pinto, *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 72-77. Seguindo a mesma linha em Portugal, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*: parte I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63-70.

19 “Aponta-se claramente para a via da negociação coletiva. Mas o movimento sindical brasileiro, em sua expressão majoritária, decididamente repele essa via e dá mostras de preferir a acomodação, tentando obter benefícios materiais (...)”; Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque...*, p. 122.

20 Aludimos ao “acordo coletivo” e não à convenção por ser aquele a ferramenta geralmente mais apropriada para levar a cabo a flexibilização pretendida. Sem embargo, nada impede que de tais tratativas também surja uma convenção coletiva de trabalho.

21 Aos quais Heilbroner soma a fragilização da consciência coletiva, fruto da pulverização da mão de obra em micro e pequenas empresas ancoradas no setor de serviços após a Revolução Tecnológica, *in verbis*: “O operariado industrial, onde o sindicalismo tem sido tradicionalmente mais forte, constitui hoje uma fração estática ou talvez em lento declínio da força de trabalho. Inversamente, a era de mais rápido crescimento de emprego é nos setores de serviços e profissões não-manuais [*White-collar jobs*] onde a antipatia pelo sindicalismo tem sido tradicionalmente maior”; *A formação da sociedade econômica*. 5. ed., Rio de Janeiro: Guanabara [s.d.], p. 141-142.

22 “A sindicalização por categoria (...) só se sustenta no Brasil graças à mentalidade dominante, que autoriza a permanência de privilégios assegurados aos exercentes do poder sindical – patronal e de trabalhadores – que em nada cedem, apegados, como ostras ao rochedo, às posições de mando das quais ninguém consegue removê-los.”; Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque...*, p. 124.

23 Na verdade, a insuficiência da solução negociada não é uma realidade apenas brasileira. Tome-se novamente aqui o exemplo português, onde, segundo António Monteiro Fernandes (*op. cit.*, p. 32), “a contratação colectiva estagnou, parecendo inviável a sua renovação espontânea”.

24 Deixamos aqui registrado o nosso ceticismo quanto a qualquer mudança da estrutura sindical no Brasil. Daí a nossa restrição ao recurso à flexibilização ou à negociação coletiva para solucionar a crise do Direito do Trabalho. A nosso ver, o fato de a estrutura sindical estar fincada no rol de direitos e garantias sociais na Constituição praticamente inviabiliza qualquer mudança do *status quo*. Para tanto, seria necessário, em primeiro lugar, se compreender que os incisos do seu art. 8º não estão abrangidos pelo art. 60, § 4º, IV da Constituição – e, a nosso ver, não estão – para se poder cogitar em uma Emenda Constitucional tendente a uma reforma séria da estrutura sindical. Em seguida – e aí reside o principal motivo de nosso ceticismo – seria necessário elaborar e aprovar, com quorum qualificado, uma Emenda Constitucional para alterar o art. 8º da Lei Maior, o que daria ensejo a uma ebulição política sem preceden-

tes em nosso país. No Brasil, onde a democracia é mascarada, onde o voto é comprado – se não com dinheiro, com favores, com “bolsas-família”, com promessas de apadrinhamento... –, onde, enfim, a grande maioria da população não tem educação nem memória, não é difícil imaginar que partidos políticos de esquerda e de direita utilizariam qualquer tentativa séria de alteração na estrutura sindical como plataforma para uma falaciosa “defesa do trabalhador”. Não tardariam os chavões do tipo “querem retirar as conquistas trabalhistas do povo” e “querem acabar com os sindicatos”. A nosso ver, é uma utopia imaginar que algum dia haverá o consenso político necessário a uma tal reforma e aí vai a nossa divergência à posição do professor Arion Sayão Romita quando ele aponta a “desejada e necessária reforma do texto constitucional” (*O princípio da proteção em xeque...*, p. 34) como caminho para o fortalecimento “da autonomia privada dos corpos sociais intermediários” (*ibidem*, p. 216) e, conseqüentemente, para a superação da estrutura pseudo-protetionista.

25 Daniel Sarmiento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 117.

26 Nas palavras de Arion Sayão Romita, “a fórmula que preside à aplicação dos direitos fundamentais é a que eles concernem ao ‘homem situado’.”; *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 221.

27 Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 117.

28 “(...) quando se afirma que o Direito Privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista. A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes.”; *ibidem*, p. 118/119.

29 *Ibidem*, p. 120.

30 “A ideia de que no direito do trabalho se pretende favorecer o trabalhador contra o empregador dificulta inclusive a criação de novos empregos, pelo receio que os empregadores têm das conseqüências que daí poderão advir”; Pedro Romano Martínez, *Direito do Trabalho*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 223.

31 Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008>>; acesso em 9 de dezembro de 2009.

32 *Op. cit.*, p. 223.

33 *La idea de justicia social*. Madri: Reus, 1966 *apud* Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque...*, p. 24.

34 Em suas palavras, o princípio de proteção precisa ser criticado, “em nome do progresso das relações sociais no Brasil e da democratização das relações de trabalho.”; *op. cit.*, p. 38.

35 *Ibidem*, p. 24.

36 “Não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça. Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária a ado-

ção de alguma providência tendente a equilibrar os pólos da relação, o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aquele requisito”; *ibidem*, p. 23 (grifo no original). Na verdade, o próprio Cesarino Junior já concordava que o Direito do Trabalho era um direito pacificador. No entanto, o autor sustentava que a pacificação social seria obtida através do favorecimento jurídico ao economicamente mais fraco: “O fim imediato das leis sociais é a proteção aos fracos – concordamos. Mas, não é o único. Por intermédio dessa proteção o que o Estado realmente visa é assegurar a paz social, o interesse geral, o bem comum.” (*op. cit.*, p. 32).

37 “(...) a repressão à greve assim como a hostilidade à manifestação autônoma dos grupos organizados repelem a noção de proteção. Inexiste proteção, no sentido em que a doutrina quase unânime emprega o vocábulo, quanto à regulação das relações coletivas de trabalho”; *op. cit.*, p. 24.

38 “(...) o trabalhador brasileiro acha-se, ainda hoje, em situação de menoridade social. Ele é o “sujeito protegido” do Direito do Trabalho”; *ibidem*, p. 121.

39 “(...) a proteção dos trabalhadores representa uma conquista do Estado social e democrático de direito. A proteção visa à eliminação da desigualdade social e econômica entre o empregado e o empregador e a substituição da noção de igualdade meramente jurídica (formal) por uma igualdade material. Longe de desconfiar dos atores sociais, o estado democrático neles deposita confiança e vê no entendimento direto das classes a melhor maneira de compor os recíprocos interesses. (...) O conflito industrial é aceito como realidade inarredável e, em lugar da solução de cima, por via autoritária, o Estado, mediante legislação de suporte, estimula a organização da classe trabalhadora para que esta alcance pela via da negociação com a classe patronal a realização de seus legítimos interesses. Não cabe ao Estado-legislador, menos ainda ao Estado-juiz, proteger o trabalhador. É a união da classe trabalhadora, sua organização em entidades sindicais livres, autênticas e representativas que protege o trabalhador. É no regime de liberdades públicas, assegurado o direito de reunião e de livre manifestação do pensamento, em suma, em regime de liberdade sindical, que o trabalhador encontra a única proteção que almeja, ou seja, a proteção derivada de sua própria força.”; *ibidem*, p. 30-31.

40 *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005, p. 100.

41 “(...) o ponto de partida da operação interpretativa-qualificativa incidente sobre a norma legal (...) não é a presunção de que essa norma admite variação em sentido mais favorável ao trabalhador, mas a de que admite variação em qualquer dos sentidos”; *op. cit.*, p. 124 (grifos no original).

42 “(...) o favor laboratoris, num sistema jurídico incipiente, serve para combater a desproteção do trabalhador, concedendo-lhe um estatuto privilegiado. (...) Antes de o direito do trabalho ser autonomizado, não tendo ainda normas próprias, precisava de recorrer aos preceitos de direito civil, que assentam no pressuposto de as partes se encontrarem num plano igua-

litário, e fazia sentido que fosse concedido ao trabalhador um estatuto privilegiado, mas hoje essa justificação não persiste.”; Pedro Romano Martinez, *op. cit.*, p. 222-223.

43 *Ibidem*, p. 223.

44 *Ibidem*, mesma página.

45 Para o autor português, “(...) não há que recorrer, nem sequer em situações de dúvida, a uma interpretação mais favorável ao trabalhador, pois nada na lei permite tal conclusão.”; *ibidem*, p. 224.

46 Regra que – registre-se – era perfeitamente justificável no passado, como nos aponta Cesarino Junior: “(...) sendo o Direito Social, em última análise, o ‘sistema legal de proteção aos economicamente fracos’ (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador” (*op. cit.*, p. 106).

47 Neste ponto, a posição de Arion Sayão Romita parece divergir da nossa. Enquanto nós admitimos que o princípio da proteção tenha tido importância histórica, aquele autor defende que “do ponto de vista diacrônico, também inadmissível é a afirmação doutrinária de um suposto “princípio de proteção”, no que diz respeito ao direito do trabalho brasileiro. Não há falar em “princípio da proteção”, quando se verifica que, se válido outrora, hoje ele não mais o é. Inexiste “princípio” aplicável apenas ao passado. Princípio que hoje não existe, não existe mesmo, isto é, jamais existiu”; *op. cit.*, p. 25.

48 Parte da jurisprudência já faz coro com essa perspectiva. Confira-se, a título de exemplo, a decisão proferida pela 8a. Turma do TST em 29.04.2009, de lavra da ministra Dora Maria da Costa, nos autos do Recurso de Revista no 1168/2003-008-18-00: “Prova dividida. Horas extras. Ônus da prova. A regra da distribuição do ônus da prova, nos termos do artigo 333 do CPC, é a de que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ademais, a teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Em tal contexto, o princípio *in dubio pro misero* não pode ser aplicado no presente caso, pois, ao alegar a invalidade dos registros de ponto, porque não era permitido o registro da real jornada laborada, o reclamante efetivamente atraiu para si o ônus de provar tal alegação, do qual não se desincumbiu, já que a prova testemunhal por ele apresentada foi contraditória com a que foi produzida pelo reclamado. Recurso de revista conhecido e não provido. Disponível em <https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>; acesso em 31 de julho de 2009.

49 Nesse particular, ressalte-se que a intensificação da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho tem se mostrado ineficaz para trazer o trabalhador para a formalidade, muito embora sua atuação seja cada vez mais reclamada pela comunidade internacional (vide, nesse sentido, os itens 15 e 16 da Recomendação no 198 da OIT). Em primeiro lugar porque ela carece de poderes para a declaração incidental da relação de emprego. E, além disso, as sanções pecuniárias aplicadas nem de longe fazem cócegas no bolso do empregador, que acha mais barato pagar as multas decorrentes de autos de infração do que corrigir suas condutas.

50 Talvez seja por perceber essa triste realidade que Alice Monteiro de Barros afirma que “o princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais.”; *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 171.

51 “(...) o desequilíbrio crônico do mercado de emprego, as novas formas de organização do trabalho e de inserção deste na estrutura dos processos produtivos, as dificuldades econômicas e financeiras que caracterizaram partes das décadas de oitenta e noventa do século passado, assim como os primeiros anos do novo século, conferiram uma dimensão inusitada aos desafios da *racionalidade* e da *compatibilidade*, tornados incontornáveis pelas ameaças consistentes da perda de eficácia e mesmo de autodestruição do intento protetivo originário da lei do trabalho”; António Monteiro Fernandes, *op. cit.*, p. 31-32.

52 Héctor-Hugo Barbagelata (*op. cit.*, p. 43) já alertava no final do século passado para o fato de que “muitas mudanças aguardam o Direito do Trabalho”. Creemos estar diante de um desses momentos de transição.

53 Quanto ao caráter unitário do sistema jurídico, vale a lembrança de Pietro Perlingieri: “A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal. Não se trata de destruir, mas de adequar a interpretação e as técnicas aos valores primários (...)”; *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 577.

54 “(...) o juízo de valor, do qual a atividade do intérprete é continuamente disseminada, terá nas normas constitucionais um ponto fixo onde se apoiar (...)”, Pietro Perlingieri, *idem*, p. 574.

55 “Uma exegese atenta da nossa Carta permitirá que se entreveja a opção do constituinte por solução intermediária e compromissória entre o individualismo (...), e o coletivismo transpersonalista, de matriz aristotélica, que vislumbra na pessoa humana apenas uma parte no todo social, concebendo a sociedade como um organismo superior a qualquer dos membros que a compõem. Trata-se do personalismo, que considera o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mas que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”; Daniel Sarmento, *op. cit.*, p. 117.

56 “Todo ato com relação a um conflito individual adquire projeção coletiva”; Héctor-Hugo Barbagelata, *op. cit.*, p. 24. No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado propõe que “o *ser coletivo* prepondera sobre o *ser individual*”. Por este motivo, em seu entender, “deve-se considerar, no exame do cumprimento da função jurídico-trabalhista, o *ser coletivo* obreiro, o universo mais global de trabalhadores, independentemente dos estritos efeitos sobre o *ser individual* destacado”; Maurício Godinho Delgado. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

## Referências

ALMEIDA, Renato Rua de. O moderno Direito do Trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 62-01, p. 37-41, janeiro de 1998.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2008.

CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do Trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo: LTr, 1999.

HEILBRONER, Robert L. *A formação da sociedade econômica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara [s.d.].

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 4. Tiragem. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1996.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: parte I*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(Re)Significação dos princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

# (RE)PENSANDO A PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DAS PRISÕES CAUTELARES

**Mateus Marques** | mateusmc@terra.com.br

Advogado criminalista

Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS)

Especialista em Direito Penal Econômico (Universidade Castilla-La Mancha)

## Resumo

Tem como objetivo analisar a proporcionalidade no âmbito das prisões cautelares. Nesse sentido, faz-se um exame criterioso do referido postulado, de sorte a melhor contextualizá-lo no ordenamento jurídico e, com isso, avaliar com maior precisão as repercussões que esta possa trazer às prisões cautelares

Analisar especialmente a proporcionalidade no âmbito das prisões cautelares, de modo a evidenciar as garantias constitucionais com outros valores com dignidade constitucional, é o principal objetivo do presente estudo.

Em um primeiro momento faz-se breve introdução histórica sobre o postulado da proporcionalidade em relação à origem e sua aplicabilidade no direito comparado. Em outro momento estuda-se o postulado da proporcionalidade em relação ao processo penal no sentido de tratá-lo como garantia constitucional, tendo em vista que é utilizado como instrumento para garantir e concretizar valores de índole constitucional no caso concreto.

Mais adiante é estabelecido um parâmetro entre a prisão cautelar e a proporcionalidade, de modo que a decretação da prisão seja extremamente necessária<sup>1</sup>, pois ao contrário estará inserindo o imputado a condição análoga ao de condenado, pois o meio só será proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, estuda-se a imposição restritiva de direitos no processo penal e a liberdade individual nas prisões cautelares, de modo que, advinda da ponderação dos interesses da sociedade em confronto à liberdade do indivíduo, a preservar o núcleo essencial e intangível dos direitos – a dignidade humana –, deve ser adequada, necessária e proporcional. Por fim, o presente artigo busca, sob a visão constitucional, abordar o valioso tema tendo em conta que a cultura de urgência disseminada na sociedade de risco afeta o tempo do direito, bem como enfraquece as garantias fundamentais de liberdade e tolerância e privilegia o poder judicial em detrimento ao saber judicial.

## 2. Breve histórico acerca do princípio da proporcionalidade

A origem histórica do postulado da proporcionalidade obteve desenvolvimento na Alemanha a partir de 1875 até alcançar sua justificação dogmática com clareza após a II Guerra Mundial. A partir desse momento, prosperou a ideia de que as normas processuais penais deviam ser limitadas desde fora delas mesmas, por meio de princípios gerais e valores contidos em todo direito constitucional<sup>2</sup>.

Remonta, assim, à célebre obra de **Beccaria**<sup>3</sup> a alusão da concepção de proporção e na ordem punitiva. Desse modo, veja-se o que, por volta de 1756, alinhou o referido autor: “O interesse geral não se afunda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais comuns prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar crimes é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre crimes e castigo.”



Beccaria, ainda, antevê a necessidade da *ponderação de interesses*, de certa forma que “se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada país. Bastará, pois, que o legislador sábio<sup>4</sup> estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos”<sup>5</sup>.

Pode-se vislumbrar, dessa forma, inclusive em Aristóteles, nas lições de **Reale Júnior**<sup>6</sup>, que tenha sido o primeiro a identificar, no fenômeno jurídico, o elemento da proporcionalidade, apregoando que “o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional (...) prossegue referindo-se a reciprocidade conforme a proporcionalidade uma vez que não há identidade absoluta entre a justiça e a retribuição exatamente igual (...) a origem da escolha está no desejo e no raciocínio dirigido a um fim”<sup>7</sup>. Ínsita uma ponderação, igualmente, como se vê.

Esse caminho se dá início, como afixado, no direito administrativo, na França. Nesse país, conquanto não ostente ainda controle jurisdicional de constitucionalidade de suas leis, as decisões do Conselho de Estado, a partir de julgamentos de *recours pour excès de pouvoir*<sup>8</sup> – instrumento processual pelo qual o cidadão pode postular a reforma das decisões administrativas em caso de excesso de poder – elaborou-se a doutrina do desvio de finalidade (*detournement de pouvoir*).

Do período iluminista, vale o registro, deve-se a codificação da proporcionalidade inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Verte o art. 8º a seguinte regra: *a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias*.

A partir dos anos 70, a jurisprudência francesa, em se tratando de medidas restritivas de direito, consagrou a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto frente aos interesses enfrentados, usando a técnica da *ponderação do custo benefício*, cujo procedimento é uma manifestação concreta da proporcionalidade. Assim, as teorias de limitação do poder da França foram recepcionadas pela Alemanha que erigiu o postulado da proporcionalidade a trato constitucional.

### 3. A proporcionalidade e o processo penal

A perspectiva principiológica da Constituição Federal o remete ao processo penal, igualmente, o alcance da jurisdicionalização das suas garantias previstas também nesse texto, tendo em vista que adota o Brasil o modelo do Estado democrático e social de direito. A jurisdicionalização do Estado social diz com a operacionalidade material e não formal dos direitos constitucionais<sup>9</sup>.

A proporcionalidade contextualiza-se no processo penal como o instrumento para garantir e concretizar valores de índole constitucional no caso concreto<sup>10</sup>.

**Flavia D’Urso**<sup>11</sup> ensina que não são poucas as previsões constitu-

cionais de garantias processuais penais. O constituinte pátrio erigiu tais disposições de forma especificamente penal, como sejam, a presunção de não culpabilidade; vedação de identificação criminal datiloscópica de pessoas já identificadas civilmente; indenização por erro judiciário e pela prisão que supere os limites da condenação;

prisão, com ressalva do flagrante, somente ordenada por autoridade judiciária competente, com sua comunicação imediata e relaxamento, se ilegal; liberdade provisória; direito ao silêncio e à assistência de defensor e da família; e, outras, aplicáveis ao processo civil, igualmente, mas de estreita vinculação

e relevância ao processo penal: o devido processo legal, desdobrando-se à garantia do juiz natural e competente; contraditório e ampla defesa; igualdade processual, decorrente do princípio da isonomia, transformando-a em paridade de armas; publicidade; dever de fundamentar as decisões; vedação de provas obtidas por meios ilícitos; inviolabilidade de domicílio e sigilo das comunicações em geral e de dados (autorizando-se a interceptação telefônica para efeito de prova penal).

Nesse sentido é fundamental dizer que houve o ingresso no catálogo de direitos fundamentais<sup>12</sup> de um rol de institutos de caráter processual penal que aponta ao Estado, na persecução penal, a sua dúplice função, alhures tratada na implicação da escolha de um modelo estatal de poder no esteio democrático e social de direito: as garantias processuais sob a ótica

A NECESSIDADE  
CAUTELAR  
VINCULA-SE  
À EXISTÊNCIA  
CONCRETA  
DO FUMMUS  
COMMISSI  
DELICTI E DO  
PERICULUM  
LIBERTATIS

não só *subjetiva* de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também *objetiva*: o elenco dessas previsões consubstancia-se de um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da *ação positiva dos poderes públicos*.

Assim, entende-se que as concepções subjetiva e objetiva ou formal e material da atuação do Estado (pós-positivismo) na persecução penal o limita, portanto, na restrição de direitos do indivíduo e o obriga positivamente à promoção de garantias processuais.

O Estado, dessa forma, no processo penal tem o compromisso de garantir a justiça material. As normas penais (princípios e regras), como todo o ordenamento jurídico, de resto, precisam destinar o homem e sua essencial posição de sujeito destinatário do arcabouço jurídico.

Dessa forma, a positivação da essencialidade da condição humana assume no processo penal absoluta diretriz dos atos dos poderes públicos e, em especial, neste momento, o do juiz<sup>13</sup>. O homem é protagonista do drama penal e a sua dignidade é o elemento que unifica, empresta sentido e legitima a organização política de um Estado.

Não obstante à dignidade humana ter tido o trato de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF), a realidade é que, de maneira apavorante e escandalosa, na edição de leis prevendo tipos penais grotescos ou, o que interessa mais aproximadamente a este estudo, na adoção de medidas processuais penais, em especial as restrições da liberdade impostas como se automáticas fossem, esse valor é afrontosamente solapado<sup>14</sup>.

Nesse sentido, o viés positivista, formal e lógico, fortemente incutido nos operadores do processo penal, conduz superpoderes ao

Ministério Público e relega à magistratura um papel menor e equivocado de combate a fenômenos criminais, precípua de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo.

Os princípios constitucionais no processo penal não se encontram conformados ao contexto real e a necessidade dessa adequação afigura-se imperiosa.

Essa aproximação passa, por primeiro, pelo aspecto *normativo* da Constituição Federal, porquanto, nessa feição, ordena-se a realidade social e a política de organização do Estado – o direito constitucional é direito positivo. Dessa coordenação derivam as possibilidades da *força normativa do Texto Maior*, cumprindo, nesse desiderato, as espécies princípios constitucionais e as regras, do gênero, norma, estrutural função.

O cumprimento do caráter normativo das disposições constitucionais afeitas ao processo penal é de atribuição judicial. A esse juiz incumbe conferir efetividade aos princípios constitucionais, interpretando-os de forma hierárquica e atribuindo primazia à dignidade humana.

Nesse sentido, tem-se, a pretensão, de acordo com os elementos até o presente momento contextualizados, de contribuir com elementos teóricos no alcance da *concretização da dignidade humana no processo penal*.

A necessidade dessa concretização prescinde de interpretação contemplativa das leis previstas no sistema constitucional e processual penal. A *hermenêutica deve ser concretizante*, assumindo, nesse mister, a *máxima da proporcionalidade* poderoso instrumento de articulação entre os interesses da sociedade e o respeito a direitos fundamentais.

Nessas premissas cumpre o Estado, ao final, o seu precípua papel *na solução pacífica das controvérsias* (Preâmbulo da Constituição Federal) *penais*<sup>15</sup>, e não o de violados direitos, dos quais incumbe observar e garantir.

Considerou-se, alhures, que a tensão no conflito da liberdade e da segurança social insere-se em cenário jurídico no qual é estabelecida a primazia da dignidade humana na hierarquia da hermenêutica constitucional a solucioná-la. Nessa resolução dos conflitos judiciais decorrentes dessa inevitável ponderação de bens exsurge a *máxima proporcionalidade* no intuito mesmo de limitar a restrição de eventuais direitos individuais, na apreciação do caso concreto<sup>16/17</sup>.

A norma que permite a invasão a esses direitos individuais deve ser interpretada<sup>18</sup>. O caráter concretizante da hermenêutica constitucional, bem como do processo penal na efetivação da justiça material, que alia princípios constitucionais de caráter normativo à realidade, demanda do juiz criminal nas suas decisões uma interpretação construtiva da lei para que, nos conflitos e nas restrições a direitos fundamentais, permaneça intocado o núcleo essencial desses direitos, qual seja, a dignidade humana.

A esse procedimento presta-se a *proporcionalidade*. E a sua pertinência no processo penal é mesmo aquela que ensina **Ada Pellegrini Grinover**<sup>19</sup> quando preconiza a premência da transformação do processo abstrato para o concreto, buscando a sua efetividade e a instrumentalidade no alcance da ordem jurídica justa.

A adaptação das transformações sociais pelo operador do direito processual penal, em especial pelo juiz, passa assim pela necessidade de sua interpretação das leis. Mas não uma interpretação contem-

plativa, porquanto essa assepsia e mecanicismo não inserem o homem à sua realidade, o que acaba por produzir um esvaziamento do sentido e do sentimento de uma Constituição Federal.

Na expressão de **Konrad Hesse**<sup>20</sup>, “se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa”. Assim, no que se refere ao âmbito penal, **Geraldo Prado**<sup>21</sup> ensina que “a relevância do processo hermenêutico para a imposição dos direitos fundamentais na esfera penal é tão significativa, que vale recordar que, se interpretar deriva de ‘interpretar’, isto é, mediador intermediário, de sorte a estabelecer-se no processo de interpretação a mediação entre texto e a realidade (...) para desenvolver-se o processo intelectual através do qual, partindo da forma linguística contida no ato normativo, chegar-se o seu conteúdo e significado, o intérprete, esse mediador, principalmente se for o juiz penal, sempre contribuirá decisivamente na escolha dos valores que o guiarão, por meio da assunção de significados concernentes a uma determinada concepção de Direito”.

A interpretação é uma atividade eminentemente prática no sentido de que *juridifica e condiciona* os casos práticos e a finalidade de sua resolução<sup>22</sup>. Assim, a efetivação dos direitos fundamentais no processo penal, principalmente no que toca à dignidade humana e à liberdade, não prescinde de uma interpretação judicial comprometida com a Constituição Federal.

Dessa maneira, pode-se assim desenhar a conjugação das premissas que caracterizam as concepções interpretativas formais e concretistas ao juiz no processo penal levando-se em conta, *prima*

*facie*, a intangibilidade do núcleo essencial da dignidade humana<sup>23</sup>: (a) a linguagem do direito positivo é, em geral, precisa. No caso dos princípios, como anteriormente consignou-se, há necessidade de que seja a eles emprestada densidade no caso de conflitos, considerando-se o critério de peso ou valor; (b) princípio constitucional é espécie do gênero norma; (c) a fonte do direito não é só a lei, mas também os motivos determinantes das decisões judiciais. Inclui-se a pré-compreensão da norma ou um corte da realidade social, a que aludem Konrad Hesse e **Friedrich Müller**, respectivamente. O labor do juiz criminal seria *constitutivo*<sup>24</sup> e não meramente mecânico de adequação dos fatos aos termos linguísticos da norma na aplicação, por óbvio, dos institutos processuais que impliquem principalmente restrição a direitos fundamentais; (d) o processo penal não se desenvolve por mecanismos unicamente de defesa social mas, preponderadamente, na consecução da justiça material, que, em última análise, é a razão de ser mesmo do processo nas concepções aqui destacadas; (e) a ciência do direito compreende também, além da sistemática do direito positivo, as sentenças judiciais; (f) a natureza da prova não é a da verdade real, mas processual<sup>25</sup>.

#### 4. Um parâmetro entre a prisão cautelar e a proporcionalidade

A imposição da restrição a direitos fundamentais na persecução penal, na preservação de

seu núcleo essencial, é operacionalizada pelos subprincípios da máxima da proporcionalidade. A *norma de decisão penal* eletiva da medida processual restritiva de direitos deve resultar da conjugação, portanto, da *adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, além dos requisitos legais usuais.

Assume especial relevo a aplicabilidade do princípio pesquisado nas prisões cautelares, porquanto se trata de medida processual, não obstante de inconstitucional largueza de utilização e sob o modelo de uma intervenção estatal emergencial, como se disse, de inegável feição restritiva a direitos essenciais, o que demanda, indubitavelmente, o manuseio dos conceitos aqui estudados.

Acertadamente, **Luigi Ferrajoli**<sup>26</sup> afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o referido autor, se fosse verdade que elas não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência) e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (pois não tem regime semiaberto ou saídas temporárias).

Assiste razão quando bem define que “trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva

#### A PRISÃO EM FLAGRANTE, QUE RESVALA NA CAPTURA DO AGENTE CRIMINOSO, TEM POR PRINCIPAL OBJETIVO A OBTENÇÃO INICIAL DA PROVA

do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal<sup>27</sup>”.

Para **Francesco Carnelutti**<sup>28</sup>, “as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heróicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah! se esse abusa dela!”

Ainda, **Aury Lopes Junior**<sup>29</sup> refere-se que “infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de ‘eficiência’ do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso o que foi concebido passa a ser ‘excepcional’ torna-se um instrumento de uso co-

mun e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares”.

*Anecessidade cautelar* vincula-se à existência concreta do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Assim, deverá haver elementos seguros que indiquem ter o acusado cometido o delito cuja materialidade deve estar comprovada, bem como se a sua liberdade *realmente* representa *ameaça* ao tranquilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida ou à futura e eventual execução<sup>30</sup>.

As medidas de antecipação devem ter natureza *estritamente processual* – *assegurar o processo e a prova* – e *não penal*, pois de caráter preventivo, geral e especial<sup>31</sup>. Em outra: “não são medidas de punição antecipada, mas mecanismos empregados como instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados”<sup>32</sup>.

O Código de Processo Penal prevê quatro formas de prisão cautelar: 1) prisão em flagrante (arts. 301 a 310); 2) prisão preventiva (arts. 311 a 316); 3) prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º); 4) prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (arts. 393, I e 594); a essas formas acresça-se a Lei 7.960/89, que previu a prisão temporária.

A *prisão em flagrante*, que resvala na captura do agente criminoso, tem por principal objetivo a obtenção inicial da prova<sup>33</sup>. Relaciona-se com a necessidade de se tomar os depoimentos das testemunhas, ouvir o conduzido e apreender eventuais objetos relacionados ao cometimento do

delito. O óbice à fuga pode evitar a sua consumação e assegurar a identificação do autor. O flagrante vincula-se, assim e também, a questões de segurança pública.

*Prisão preventiva* consubstancia-se da mais característica das cautelares penais<sup>34</sup>. A sua imposição deve resultar do reconhecimento, pelo juiz, do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Diz o primeiro pressuposto com a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312, parte final do CPP).

O segundo, com a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal (art. 312, primeira parte do CPP).

Nos termos do § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal, a decisão de *pronúncia*, que representa o julga-

mento sobre a admissibilidade da acusação nos crimes de competência do Tribunal do Júri, submete o réu pronunciado à prisão, também de natureza provisória (salvo se presentes os requisitos no § 2º da disposição mencionada).

Pode-se dizer que *prisão provisória* é aquela que *decorre de sentença condenatória recorrível*. É o que dispõe o art. 393, inc. I e art. 594 do diploma processual penal. Tem por objetivo assegurar o resultado do processo diante do perigo de fuga do condenado em face do primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável<sup>35</sup>.

A *prisão temporária* foi instituída, como se disse, pela Lei 7.960/89. Trata-se de medida excepcional, admitida na fase investigatória de crimes particulares graves, previstos pelo art.

## AS MEDIDAS CAUTELARES NÃO SE DESTINAM A “FAZER JUSTIÇA”, MAS, SIM, GARANTIR O NORMAL FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA

1º, inc. III de mencionada lei, desde que imprescindível para a investigação ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Entende-se, à sua decretação, sejam conjugados os incs. I ou II com o III, a caracterizar o *fumus comissi delicti*.

Assim, a manutenção da prisão provisória ou a sua decretação, em todas essas espécies, *não é automática, tem caráter excepcional e exige requisitos de cautelaridade*<sup>36</sup>.

## 5. A imposição restritiva de direitos no processo penal e a liberdade individual nas prisões cautelares

A perspectiva normativa dos princípios da não culpabilidade e excepcionalidade da prisão confere aos direitos fundamentais uma prevalência ao interesse também protegido constitucionalmente, que é o da segurança das pessoas na sociedade (art. 114 da Constituição Federal)<sup>37</sup>.

Aliado ao maior prestígio das garantias constitucionais processuais penais previstas no catálogo do art. 5º da Carta Magna, no atributo mesmo de seu modelo democrático e social de direito, sob a dimensão positiva e negativa dos direitos previstos, erige também no processo penal o postulado da proporcionalidade e a necessidade da operacionalização dos seus subprincípios<sup>38</sup>.

Essa concepção não implica a inviabilidade das medidas restritivas necessárias à persecução penal, como é o caso da prisão cautelar. Vincula legalmente, todavia, o magistrado, nesse mister, a uma interpretação constitucional nos moldes desenvolvidos neste trabalho, e, ainda, à prolação de uma decisão que considere o *âmbito da norma*.

Assim, a imposição restritiva de direitos no processo penal, advinda da ponderação dos interesses da sociedade em confronto à liberdade do indivíduo, a preservar o *núcleo essencial e intangível dos direitos – a dignidade humana –*, deve ser *adequada, necessária e proporcional*<sup>39</sup>.

A proteção do mínimo legal (Ferrajoli), ainda que em desfavor da maioria, igualmente se viu em quadra própria, garante a manutenção e a unicidade do ordenamento jurídico e, em última análise, a sobrevivência do Estado, que se pretende democrático e social de direito.

Preservar a dignidade humana na ponderação de interesses envolvidos no processo penal, quais sejam, a liberdade e a segurança, pelo mecanismo da proporcionalidade e seus subprincípios, implica, portanto, preservar a própria *segurança da comunidade*.

Nesse papel mesmo do Estado, **Ernesto Brenda**<sup>40</sup> ensina que: “y cuando actúe el Estado se contenga en un primer momento y unicamente entre en acción cuando no quepa esperar ya una composición adecuada del conflicto. Y cuando actúe el Estado, deberá proponerse dotar a los ciudadanos y grupos sociales de una conveniente participación en los valores comunitarios. En tal proceso, los derechos fundamentales o el principio de la proporcionalidad inspirarán y limitarán la acción del Estado. En los conflictos sociales el Estado no es parte, no es defensor de intereses partidarios, sino más bien custodio imparcial del bien común”.

## 6. Considerações finais

Tendo em vista os efeitos criminógenos do cárcere, não se pode sujeitar o indivíduo e sua liberdade pessoal a um esforço maior do que aquele que se pode exigir de quem

se presume inocente. Portanto, deve haver sensíveis diferenças entre o tratamento dispensado ao sujeito passivo da situação jurídica processual penal e o preso já condenado por sentença transitada em julgado, uma vez que se tratam de situações distintas, exigindo tratamento fático diferente.

As medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas, sim, garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado<sup>41</sup>.

Nesse sentido, assiste razão Aury Lopes Júnior<sup>42</sup> quando afirma que, no Brasil, “as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender”.

Por fim, constata-se que a cultura de urgência disseminada na sociedade de risco afeta o tempo do direito, bem como enfraquece as garantias fundamentais de liberdade e tolerância e privilegia o poder judicial em detrimento ao saber judicial. ■

## Notas

1 Um meio é necessário quando houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 185.

2 Além disso, como refere Heinrich Scholler, “o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, originariamente, no âmbito do direito administrativo, mais especifica-

mente, das normas sobre o poder de polícia e seus limites, evolução que já remonta ao século XIX”. SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*. In: *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

3 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 61.

4 Acresça-se: também o juiz.

5 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Op. cit., p. 63.

6 REALE JÚNIOR, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 56.

7 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 71.

8 O recurso por excesso de poder surgiu inicialmente em 1806, como forma de encaminhamento de denúncias do Conselho de Estado. A partir de 1872 o recurso tomou o perfil atual transformado que foi o Conselho do Estado em órgão jurisdicional incumbido de apreciar questões de direito público com autoridade de coisa julgada. In: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 38-39.

9 Também concebe no Estado Social uma atuação voltada à “orientação material para uma democracia real”. In: MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito em el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, AS, Urgel, 1898, p. 22.

10 Nesse entendimento, e, em razão dele, concebe o princípio da proporcionalidade como de conteúdo formal e material. Entender a proporcionalidade como princípio neutro, defende do autor, cuja função consistiria simplesmente em procurar uma estabilização asséptica de interesses, redundaria desnaturalização de uma instituição que não pode ser compreendida senão desde a perspectiva de interesses que protege. In: CUELLAR SER-RANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 227.

11 D’URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 81.

12 À exceção da necessidade de motivação nas decisões judiciais que se vê prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. Essa disposição constitucional, todavia, não lhe retira a natureza garantística. In: D’URSO, Flavia. Op. cit., p. 83.

13 “Aquele que tem a função de atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.” In: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, v. I, p. 119.

14 D’URSO, Flavia. Op. cit., p. 82.

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 98.

16 A interpretação é vocábulo que pertence a significados de expressão, tradução. Hermenêutica diz com métodos, designando a capacidade natural do ser humano de compreender. In: SILVA, Kelly Suzane Alfien da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 14-15.

17 Interessante anotar a concepção de Juarez Freitas que defende uma interpretação sistemática, porém voltada à inclusão de valores. Para esse autor “uma interpretação sistemática realiza sempre uma hierarquização axiológica, de sorte a fazer preponderadamente, inclusiva e exclusivamente, ora a norma superior, ora em caso de antinomia pendente, o princípio superior, recorrendo-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da hierarquização axiológica, notadamente ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências da prestação justa da tutela jurisdicional”. In: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

18 PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Ediciones Akal, 1990, p. 307.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 120.

20 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 22.

21 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 61.

22 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

23 D’URSO, Flavia. Op. cit., p. 95.

24 WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 61.

25 FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). *Novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101-102.

26 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Op. cit., p. 776 e ss.

27. De acordo com o entendimento de Ferrajoli, tal esquema punitivo, uma vez que não encontra escora no empirismo das ações delituosas ou de fatos lesivos expressos em lei, “resulta amplamente substancialista e decisionista: a subjetivação das hipóteses normativas de delito, com efeito, não compromete apenas a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiado a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias processuais.” FERRAJOLI, Luigi. *O direito*

como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). *Novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Op. cit., p. 98.

28 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol. II. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950, p. 75.

29 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. v. II, p. 59.

30 DELMANTO JR., Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 68.

31 SANGUINÉ, Odone. Op. cit., 295.

32 Afrânio da Silva Jardim afirma, todavia, que, em especial, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não é cautelar, mas satisfativa de tutela. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 276.

33 DELMANTO JR., op. cit., p. 109.

34 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 289.

35 *Idem, ibidem*, p. 293.

36 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., Rio de Janeiro, v. II, p. 60.

37 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 115.

38 *Idem, ibidem*, p. 116.

39 D’URSO, Flavia. Op. cit., p. 116.

40 In: Brenda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 559.

41 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., v. II, p. 104.

42 *Idem, ibidem*, p. 59.

## CIVIL E COMERCIAL

### RECURSO DE ADVOGADO DESFERINDO OFENSA AO MAGISTRADO NÃO CONFIGURA DANO MORAL FACE À AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO

Tribunal de Justiça de Minas Gerais  
 Apelação Cível n. 1.0686.10.000159-9/001  
 Órgão julgador: 16a. Câmara Cível  
 Fonte: DJ, 22.06.2011  
 Relator p/ acórdão: Des. Wagner Wilson

#### AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. RECURSO DO ADVOGADO DESFERINDO OFENSAS AO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DANO MORAL NÃO VERIFICADO.

Não raras são as vezes em que, nós julgadores, recebemos recursos com razões um pouco exaltadas, elaboradas por advogados que, no calor da frustração de restar vencido na demanda, acabam por apontar os magistrados como causadores de uma injúria sucumbência. Todavia, tomar a ferro e fogo tais argumentos e acionar cada um destes advogados em juízo para fins de reparação civil pode vir até mesmo a comprometer o amplo direito do cidadão de acesso à justiça.

VOTO VENCIDO:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ADVOGADO – OFENSAS AO JUIZ – IMUNIDADE – RELATIVA – DANOS MORAIS – FIXAÇÃO. – A imunidade conferida ao advogado pela Constituição Federal, art. 133, é norma de eficácia contida, pois limitada pelos termos do Estatuto da OAB, que evita os excessos. – A imputação de conduta não condizente com a profissão do Magistrado, pelo Causídico, ofende diretamente a honra daquele, gerando o dever de indenizar. – No que concerne aos danos morais, o que se busca não é colocar o dinheiro ao lado da angústia ou da dor, mas tão-somente propiciar

aos lesados uma situação positiva, capaz de amenizar e atenuar a negativa sensação de sofrimento, sendo que a sua fixação deve corresponder a um denominador comum, competindo ao julgador levar em conta o grau de ofensa, sua repercussão, e as condições das partes, sem se esquecer que o objetivo não é tarifar o preço da dor, nem o enriquecimento ilícito do ofendido, mas compensar o sofrimento e desestimular o causador do dano da prática futura semelhante.

### ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16a. CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador BAPTISTA DE ABREU, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, PREJUDICADO O SEGUNDO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2011.

DES. WAGNER WILSON – Relator para o acórdão.

DES. OTÁVIO PORTES – Relator vencido.

#### NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo segundo apelante, o Dr. Nyase Magalhães Ganem.

### VOTO

O SR. DES. OTÁVIO PORTES:

Trata-se de ‘Ação de Indenização por Danos Morais’ proposta por Alair Soares Mendonça em desfavor de Edwin César Maia da Silva, alegando que na qualidade de juiz de direito, titular da vara de Execuções Criminais e Execuções Fiscais da Comarca de Teófilo Otoni/MG, atuou no processo criminal ajuizado contra Jeremias Dias Alves e patrocinado pelo réu, sendo que este último, em via recursal, passou a atacar a pessoa do magistrado,

ofendendo-o de forma hostil, extrapolando os limites da finalidade recursal, desferindo ofensas pessoais à honra do juiz. Por tais razões, pugnou pela condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais.

O MM. Juiz de primeiro grau (fls. 743/755) julgou procedente o pedido e condenou o réu no pagamento de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformado, apela Edwin César Maia da Silva (fls. 756/806) alegando que a prova de que tais fatos não ocorreram é que nenhum processo administrativo foi instaurado contra o advogado, acrescentando que a irrisignação foi dirigida ao Ministério Público e ao ‘Juízo da Execução Penal’ e não à pessoa do juiz. Frisou que seus dizeres não passaram de defesa técnica ao seu cliente, inexistindo publicidade do teor dos questionamentos lançados no recurso. Tratou da imunidade do advogado no exercício de sua atividade, tecendo, ainda, considerações acerca do processo no qual as alegadas ofensas foram lançadas. Alternativamente, pugnou pela minoração do quantum indenizatório.

Também inconformado, apela Alair Soares Mendonça (fls. 834/843) requerendo a majoração da condenação do requerido pelos danos morais.

Contra-razões recursais ofertadas às fls. 847/863 pelo réu, pugnando pelo conhecimento do agravo retido (fls. 819/825) aviado contra a decisão de fl. 818.

#### AGRAVO RETIDO

Infere-se dos autos que o autor, ora recorrido, peticionou às fls. 813/814 requereu a restituição do prazo recursal, pois o recorrente permaneceu com os autos durante todo o decurso do prazo para oferecer apelação.

Diante do teor da certidão de fl. 815, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido, ensejando a interposição do agravo

retido de fls. 819/825, no qual o recorrente sustenta a intempestividade da apelação aviada pelo autor, pois o pedido foi julgado procedente, e não parcialmente procedente. Assim, o prazo recursal foi concedido exclusivamente a ele, réu, que sucumbiu nos autos, sendo, portanto, indevida a restituição do prazo.

*Rogata venia*, tal entendimento não deve prosperar, pois embora o pedido tenha sido julgado procedente, tendo em vista que o requerimento do autor foi de uma indenização no montante de 100 salários mínimos, ou seja, R\$51.000,00 (cinquenta e hum mil reais), e sendo o valor fixado na sentença primeva aquém de tal quantia, emerge o inegável interesse recursal do autor.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo retido, e uma vez reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se dos recursos, passando-se à análise conjunta das duas insurgências.

#### APELAÇÕES

Da narrativa dos fatos, infere-se que o autor ajuizou a presente ação, alegando que no exercício de suas funções de juiz de direito da Vara de Execuções Criminais da comarca de Teófilo Otoni/MG, foi ofendido pelo requerido, procurador de Jeremias Dias Alves nos autos do procedimento administrativo conduzido pelo Conselho Disciplinar da Penitenciária Agrícola de Teófilo Otoni, que culminou na regressão do regime semi-aberto para fechado, em decorrência do envolvimento do presidiário em uma rebelião.

Restou comprovado que naquele feito o advogado, ora primeiro apelante, lançou as seguintes considerações no recurso de agravo em execução aviado:

‘(...) Por quê o douto Magistrado da Vara de execuções Criminais e de Execuções Fiscais desta Comarca, em decisão interlocutória que regrediu o regime de cumprimento de pena para o FECHADO, bem como a perda dos dias remidos do Agravante, não determinou

a imediata instauração de Inquérito Policial em face do Agravante? O *caput* do Art. 319 do Código Penal assim, prescreve: ‘Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Portanto Eminências, é salutar informar a V. Eminências que era obrigação do DD. Diretor da Penitenciária de Teófilo Otoni, comunicar à DD. Autoridade Policial dos supostos crimes praticados pelo Agravante supracitado, e não o fez, Por quê? Eis a grande questão. Por quê não o fez? É porque tinha a certeza de que não havia provas da autoria de cometimento de crime praticado pelo sentenciado supracitado. E por quê os Órgãos da execução penal, ‘o Ministério Público e o Juízo da Execução’ também não o fizeram? Não cumpriram com suas obrigações por puro relaxamento, preguiça, falta de zelo? Ou tinham que satisfazerem interesses próprios e sentimentos pessoais, na busca de punições aos detentos que supostamente cometeram a falta disciplinar de natureza grave (supostamente crime doloso), a fim de que não maculassem a administração frente aquele presídio, bem como satisfazerem a sociedade local, buscando a todo custo a punição administrativa frente ao Conselho Disciplinar da Penitenciária de Teófilo Otoni-MG, bem como a Regressão de Regime e perda dos dias remidos? POR QUÊ OMITIRAM-SE quanto à comunicação à DD. Autoridade Policial, a fim de se lavrar o Auto de Prisão em Flagrante Delito, ou a Instauração de Inquérito Policial? (...)’ (fls. 44/45). (grifei)

Infere-se, pois, que o primeiro apelante realmente imputou ao autor conduta que poderia ser tipificadas como prevaricação, sustentando que atuou de forma parcial, atendo aos interesses próprios, com relaxamento, preguiça e falta de zelo.

Tem-se que o fato de ter lançado tais considerações na forma interrogativa não o eximem da responsabili-

dade, pois demonstram apenas que ele tentou velar as ofensas desferidas contra o Magistrado, sendo tais afirmações eivadas de emissão de valor ofensivo contra o autor.

A imunidade garantida ao causídico no exercício de suas funções não tem caráter absoluto, não podendo extrapolar o decoro e os limites do direito à honra e à moral.

A imunidade conferida ao advogado pela Constituição Federal, art. 133, é norma de eficácia contida, pois limitada pelos termos da Lei, no caso, o Estatuto da OAB.

O art. 7º, §2º, da Lei 8.906/94 prevê a imunidade profissional, contudo, excepciona, em sua parte final, os excessos, ‘ex vi’:

‘Art. 7º São direitos do advogado: (...)

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer’.

Da norma supra, infere-se que a imunidade não é absoluta, irrestrita, ou seja, ao advogado não fora conferida a possibilidade de agir ou expressar-se sem observar as demais regras do ordenamento jurídico. A garantia atribuída visa amparar o advogado no exercício de sua função de modo que possa com autonomia e independência buscar a defesa dos interesses de seus clientes, mas, sem excessos.

Neste sentido este Tribunal já decidiu:

‘RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – APURAÇÃO DE ARBITRARIEDADE – IMPUTAÇÃO DE FATO DANOSO QUE IMPROVADO CAUSA SOFRIMENTO MORAL A PESSOA ATINGIDA – IMUNIDADE NA MANIFESTAÇÃO PROFISSIONAL DO ADVOGADO – ARBITRAMENTO DO VALOR DA REPARAÇÃO. A denúncia de irregu-



laridade, formulada por advogado contra Juiz constitui-se excesso quando a denúncia contém imputação improva de ato que causa ofensa a honra e a dignidade da pessoa ofendida. A imunidade na manifestação do profissional do direito se admite quando no exercício das funções específicas do profissional do direito se admite quando nas funções de defesa dos interesses do cliente, mas sem denegrir-se a honra e a dignidade de quem quer que seja. Admitido o dano moral, no arbitramento do valor da reparação serão levadas em conta as condições das partes, a repercussão no meio social a fim de se não conceder valor tão elevado, que se transforme em enriquecimento sem causa, nem tão baixo, que perca o sentido de punição'. (Número do processo: 2.0000.00.397432-3/000, Relator: VALDEZ LEITE MACHADO, Data do Julgamento: 02/10/2003). (grifos nossos)

'APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – ADVOGADO – LIMITES DA IMUNIDADE DECORRENTE DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. A imputação de conduta não condizente com a profissão do Magistrado, pelo Causídico, ofende diretamente a honra daquele, gerando o dever de indenizar, uma vez que a imunidade assegurada pelo Estatuto da Advocacia e da OAB não é absoluta, não albergando agressões morais contra o juiz. (...)’ (Número do processo: 1.0024.06.935426-4/001, Relatora: HILDA TEIXEIRA DA COSTA, Data do Julgamento: 15/03/2007). (grifos nossos)

Tenho que o advogado, ora primeiro apelante, acabou se excedendo nas imputações lançadas contra o autor, pelo que seus atos não se encontram albergados pela imunidade.

No tocante aos danos morais, como no caso dos autos, o que se busca não é colocar o dinheiro ao lado da angústia

ou da dor, mas tão-somente propiciar ao lesado uma situação positiva, capaz de amenizar e atenuar a negativa sensação de sofrimento, sendo que a sua fixação deve corresponder a um denominador comum, competindo ao julgador levar em conta o grau de ofensa, sua repercussão, e as condições das partes, sem se esquecer que o objetivo não é tarifar o preço da dor, nem o enriquecimento ilícito do ofendido, mas compensar o sofrimento e desestimular o causador do dano a prática futura semelhante.

Elucida Maria Helena Diniz em sua obra, *Curso de Direito CIVIL – Responsabilidade CIVIL* –, que:

‘Realmente, na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o ‘quantum’ da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação’, observando, ainda, que:

‘A reparação pecuniária do dano moral não pretende refazer o patrimônio, visto que este, em certos casos, não sofreu nenhuma diminuição, mas dar ao lesado uma compensação, que lhe é devida, pelo que sofreu, amenizando as agruras oriundas do dano não patrimonial’ (07/77).

O mestre Caio Mário da Silva Pereira ensina que:

‘O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência. que é próprio da indenização por dano material, corresponderá à função compensaria pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do

dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral, insere-se uma atitude de solidariedade á vítima (Aguiar Dias).

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo ás circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva’ (Responsabilidade CIVIL, nº 49, p. 67).

A jurisprudência tem assentado entendimento no sentido de que: ‘A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa’ (RT 706/67).

Entende-se, destarte, que justo é o valor apontado na r. sentença, ou seja, R\$10.000,00 (dez mil reais), que se afigura bastante razoável e satisfatório, à vista das circunstâncias agravantes do fato, e segundo os parâmetros mencionados ‘in retro’, sendo que os R\$51.000,00 (cinquenta e um mil reais) pretendidos pelo autor se mostram exorbitantes para tal fim, devendo, portanto ser mantida incólume a r. sentença.

Importante observar a impossibilidade de aplicação do disposto no artigo 935 do CC/02, haja vista que a parte não foi absolvida na instância criminal, mas apenas teve sua punibilidade afastada pela ocorrência de prescrição.

Com tais considerações, nega-se provimento aos recursos, mantendo integralmente a decisão primeva.

Cada parte arcará com as custas de seu respectivo recurso, nos termos do artigo 21 do CPC.

O SR. DES. WAGNER WILSON:  
Peço vista.

## NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. BATISTA DE ABREU (PRESIDENTE):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 28/04/2011, a pedido do Revisor. O Relator negava provimento ao primeiro e ao segundo recurso.

O SR. DES. WAGNER WILSON:

**VOTO**

1º recurso

Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para dele divergir. A meu ver, não existe dano moral passível de reparação, cabendo a reforma integral da sentença.

A responsabilidade CIVIL extracontratual encontra-se prevista nos artigos 186 e 927 do Código CIVIL, que assim dispõem:

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

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

Para que reste configurado, portanto, o dever de indenizar, hão de ser comprovados os seguintes requisitos: (i) conduta humana positiva ou negativa revestida de negligência, imprudência ou imperícia (ato ilícito); (ii) o nexo de causalidade e; (iii) o dano ou prejuízo.

Procedendo a uma leitura cautelosa do recurso de fl. 33/51, onde o apelante, supostamente, teria cometido ofensas ao magistrado autor desta demanda, tenho que não restou configurado o ato ilícito.

É verdade que o apelante, nas razões do recurso, demonstrou toda a sua indignação com a regressão do regime de cumprimento de pena do seu cliente, questionando diversos procedimentos que deveriam ter sido observados por várias autoridades públicas e não o foram.

No entanto, a revolta do causídico com a suposta inobservância do

procedimento legal que justificaria a regressão do regime de cumprimento de pena do seu cliente de semi-aberto para fechado, a meu ver, não ofendeu as autoridades públicas mencionadas, e tinha como objetivo chamar a atenção dos desembargadores, julgadores do recurso, para a possível violação aos direitos do seu cliente.

A simples menção ao artigo de lei que tipifica o crime de prevaricação não significa que, necessariamente, estaria acusando tais autoridades de tê-lo cometido.

Não raras são as vezes em que, nós julgadores, recebemos recursos com razões um pouco exaltadas, elaboradas por advogados que, no calor da frustração de restar VENCIDO na demanda, acabam por apontar os magistrados como causadores de uma injusta sucumbência.

Todavia, tomar a ferro e fogo tais argumentos e acionar cada um destes advogados em juízo para fins de reparação CIVIL pode vir até mesmo a comprometer o amplo direito do cidadão de acesso à justiça.

Há que se obter se tais fatos realmente interferem na esfera moral ou não constituem nada mais do que meras razões indignadas.

Dito isso, dou provimento ao 1º recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

2º recurso

Em razão da perda superveniente do objeto, dou por prejudicado o 2º recurso.

O SR. DES. BATISTA DE ABREU:

Acompanho o Revisor.

**IMOBILIÁRIO**

**INQUILINO PRETERIDO EM VENDA DO IMÓVEL PODE PEDIR REPARAÇÃO MESMO SEM CONTRATO AVERBADO NO REGISTRO DE IMÓVEIS**

Superior Tribunal de Justiça  
Recurso Especial n. 1.216.009 – RS  
Órgão julgador: 3a. Turma  
Fonte: DJe, 27.06.2011  
Relator: Ministra Nancy Andrichi

**CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO. ART. 33 DA LEI 8.245/91. DESNECESSIDADE DA PRÉVIA AVERBAÇÃO DO CONTRATO PARA REQUERER-SE PERDAS E DANOS.**

1. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

2. A averbação do contrato de locação é indispensável para que o direito de preferência revista-se de eficácia real e permita ao inquilino haver para si o imóvel locado e vendido.

3. A inobservância do direito de preferência permite ao locatário pleitear perdas e danos pelos prejuízos econômicos sofridos, ainda que o contrato locatício não tenha sido averbado junto à matrícula do imóvel locado.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de junho de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
– Relatora

**RELATÓRIO**

Ação: de reparação por perdas e danos, ajuizada pela recorrente, em

face de PARKPLATZ ESTACIONAMENTOS LTDA., na qual alega que o recorrido vendeu o imóvel locado sem notificar, previamente, a locatária –recorrente para exercer o direito de preferência.

Em sua petição inicial, a recorrente sustenta que o terreno limítrofe ao imóvel locado – no qual se acha instalado o seu parque industrial – é de propriedade de empresa que integra o grupo econômico ao qual ela mesma pertence e que “a aquisição do imóvel por parte da locatária, ora autora, possibilitaria a unificação no local de um todo com a expressiva dimensão de 50.339,72 m<sup>2</sup> (...), o que notoriamente implicaria em acentuada valorização dos dois imóveis” (e-STJ fl. 4).

Alega ainda que sofreu os seguintes prejuízos em razão da preterição na aquisição do imóvel locado: i) despesas com as benfeitorias realizadas no imóvel locado; ii) gastos com a desocupação do terreno e reinstalação da unidade em outro local; iii) aluguéis despedidos desde o momento em que lhe foi sonhada oportunidade para exercer o direito de preferência.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, para indeferir o pedido de indenização pelos prejuízos ocasionados com a saída da recorrente do imóvel locado e determinar que, não estando o contrato de locação averbado perante o registro imobiliário, não há direito à indenização de eventuais prejuízos decorrentes da inobservância do direito de preferência. Confirma-se a ementa (e-STJ fl. 377):

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. AGRAVO RECIDADO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO. NECESSIDADE DE REGISTRO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO JUNTO À MATRÍCULA**

**LA DO IMÓVEL. CONSOANTE ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NESTE TRIBUNAL E NO STJ, O REGISTRO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO JUNTO A MATRÍCULA DO IMÓVEL LOCADO É PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL AO EXERCÍCIO DA PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO NA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL LOCADO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA CARACTERIZADA. APELO DESPROVIDO.**

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação do art. 33 da Lei 8.245/91, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que é desnecessária a averbação do contrato de locação, no competente cartório de registro de imóveis, quando se tratar de pedido de reparação por perdas e danos. Afirma ainda que sua saída do imóvel locado ocorreu em virtude da violação do direito de preferência, e não em razão de despejo por falta de pagamento.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RS admitiu o recurso especial (e-STJ fl.435/438), determinando a subida dos autos ao STJ.

É o relatório.

## VOTO

I – Da delimitação da controvérsia  
Cinge-se a controvérsia a determinar se a averbação do contrato locatício junto à matrícula do imóvel é requisito para que o locatário possa pleitear o ressarcimento pelos prejuízos sofridos com a violação do seu direito de preferência na aquisição do imóvel.

II – Da reparação pelos prejuízos ocasionados com a desocupação do imóvel locado. Reexame de fatos e provas.

A recorrente alega que a questão referente ao inadimplemento dos aluguéis foi superada e que o despejo da locatária/recorrente resultou diretamente da violação do exercício do direito de preferência.

O TJ/RS, contudo, ao analisar os fatos e as provas dos autos, chegou à conclusão diversa, afirmando que (e-STJ fls. 382 e 395):

Por fim, no que tange ao pedido de indenização pelos prejuízos ocasionados com o deslocamento de sua unidade de processamento de sucata, igualmente improcede o apelo, uma vez que, compulsando os autos, verifico que a retirada da apelante do terreno originalmente locado, objeto desta ação, deu-se em decorrência de ação de despejo por descumprimento contratual cumulada com cobrança de aluguéis (fls. 201-210).

Com efeito, nos agravos de ns. 70020103008 e 70022381057 foi determinada a desocupação voluntária do imóvel, sob pena de despejo compulsório, tendo em vista a falta de pagamento dos aluguéis. Assim sendo, não há falar em dever da ré, ora apelada, de indenizar pelos custos da mudança, haja vista que a medida foi imposição judicial; portanto, seu ônus cabe à própria autora, ora apelante.

.....  
Acrescento apenas que a alegação pela qual a retirada do imóvel ter ocorrido em razão de notificação da parte adquirente, e não em razão de despejo, além de não restar devidamente provada, vai de encontro ao decidido nos AI's 70020103008 e 70022381057, no qual se reconheceu a inadimplência quanto aos locativos, não pagamento este inclusive confirmado pela própria embargante de declaração no primeiro parágrafo da fl. 347 do ED, “*verbis*”: “não é menos verdadeiro que a ora embargante nunca atrasou aluguéis, senão naquele momento porque a venda não lhe fora noticiada e não sabia a quem pagar”. A tentativa de purga da mora posterior, à toda evidência, não afasta a determinação de despejo por inadimplemento.

A recorrente pretende, portanto, que esta Corte assumira como verdadeira uma premissa fática que foi expressamente afastada pelo acórdão recor-

rido. Assim, considerando que alterar o entendimento do Tribunal de origem demandaria o reexame de fatos e provas constantes nos autos, a análise do Especial, nesse ponto, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

III – Da reparação do dano ocasionado pela inobservância do direito de preferência do locatário. Violação do art. 33 da Lei 8.245/91.

Além dos danos sofridos com a desocupação do terreno e reinstalação da unidade em outro local, a recorrente alegou, nas razões do recurso de apelação, que sofreu os seguintes prejuízos em virtude de ter sido preterida na aquisição do imóvel locado: i) a perda da possibilidade de auferir ganhos com a compra do imóvel locado – onde foi instalada uma unidade de processamento de sucata que fornece matéria-prima para a recorrente –, pois ele é limitrofe a outro imóvel do qual a recorrente é proprietária e no qual se acha instalado o seu parque industrial. Assim, a compra do referido bem era estratégica para a empresa/recorrente e traria benefícios para o desenvolvimento de suas atividades; ii) as despesas com as benfeitorias realizadas no imóvel locado.

O TJ/RS, contudo, não analisou se os danos apontados configuravam efetivo prejuízo econômico, pois entendeu que a averbação do contrato é requisito para que o locatário possa exercer o direito de preferência e que, ausente o referido requisito, o inquilino não possui direito à reparação por perdas e danos.

Entretanto, o art. 33 da Lei 8.245/91 estabelece que o locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante (i) as perdas e danos mediante ação de reparação ou, (ii) depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado – mediante ação de adjudicação –, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Registro de Imóveis, desde que o contrato de locação

esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Assim, a Lei determina que a averbação do contrato locatício no Registro de Imóveis é imprescindível quando a pretensão do locatário for a de adquirir o imóvel locado, porque a averbação reveste o direito de preferência de eficácia real e permite ao inquilino haver para si o imóvel locado. Diferentemente, quando a pretensão do locatário é somente de índole reparatória, a averbação do contrato de locatício não é requisito para que o inquilino obtenha do locador o ressarcimento pelos prejuízos sofridos, pois, nessa hipótese, a violação do direito de preferência terá efeitos meramente obrigacionais.

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO para declarar que a averbação do contrato locatício não é condição para que o locatário possa pleitear ressarcimento pelos prejuízos sofridos com a violação do seu direito de preferência na aquisição do imóvel.

## 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, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

## PROCESSO CIVIL

**AÇÃO RESCISÓRIA NÃO PRECISA SER PROPOSTA CONTRA TODOS OS AUTORES OU RÉUS DO PROCESSO ORIGINAL**

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.111.092 – MG

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DJe, 01.07.2011

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REGIME DE LITISCONSÓRCIO. ACÓRDÃO RESCINDENDO PROFERIDO EM AÇÃO PROPOSTA MEDIANTE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO COMUM. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO PARCIAL. INCLUSÃO DE LITISCONSORTE APÓS O PRAZO DECADENCIAL DE DOIS ANOS. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO RESCISÓRIO FORMADO POR MAIORIA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 207/STJ.**

1. Segundo dispõe o art. 47 do CPC, “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”. Relativamente à ação rescisória, não havendo disposição legal a respeito, o litisconsórcio necessário somente ocorrerá se a sentença rescindenda não comportar rescisão subjetivamente parcial, mas apenas integral, para todas as partes envolvidas na ação originária.

2. Tratando-se de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de propositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma ou algumas das demandas cumuladas. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais.

3. Em ação rescisória, não é cabível a inclusão de litisconsorte passivo facultativo após o transcurso do prazo de dois anos previsto no art. 495, consumado que está, em relação a ele, o prazo de decadência.

4. Conforme, o art. 488, I, do CPC, a ação rescisória comporta dois pedidos: o de rescisão propriamente dito e, cumuladamente, quando for o caso, o de novo julgamento da causa. Isso significa dizer que o correspondente julgamento inclui não apenas o *iudicium rescindens* (= a rescisão, em sentido estrito, da decisão atacada), mas também o do *iudicium rescissorium*, referente ao pedido cumulado. É o que determina o art. 494 do CPC. Havendo juízo de procedência por maioria em qualquer deles individualmente, estará configurada hipótese de desacordo parcial, o que, por si só, enseja a interposição do recurso de embargos infringentes, como decorre do disposto na parte final do art. 530 do CPC. Incide, no caso, a Súmula 207 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido, apenas para julgar extinto o processo em relação a Comercial Oliveira Ltda.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, apenas para julgar extinto o processo em relação a Comercial Oliveira Ltda., nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. JOSÉ MÁRCIO DINIZ FILHO, pela parte

RECORRENTE: DONATO PICCIRILLO E CIA LTDA E OUTROS.

Brasília, 28 de junho de 2011

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI –

Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido em ação rescisória. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou, por maioria, procedente o pedido de rescisão e, por unanimidade, decidiu pela rejeição da preliminar de extemporaneidade da citação de todos os litisconsortes passivos necessários. Foram rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 804-808).

Nas razões recursais (fls. 813-859), os recorrentes apontam ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 264 e 495 do CPC, pois em hipótese alguma é possível se deferir a inclusão de litisconsorte passivo necessário – no caso, a Comercial Oliveira LTDA. –, após o transcurso do prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, uma vez que não se trata de mera correção de erro material ou emenda à petição inicial; e (b) arts. 485, V, do CPC, 10 e 13, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar 87/96, 150, § 7º, 155, § 2º, I, IV e XI, da Constituição Federal e Súmula 343/STF, ao argumento de que (I) o ordenamento jurídico não permite a interposição de ação rescisória sob fundamento de que outro julgamento foi proferido em sentido contrário, devendo ser aplicada a orientação inserta na Súmula 343/STF; (II) não é hipótese de aplicação do entendimento firmado na ADI 1831; e (III) deve ser reconhecido o direito à repetição de valores recolhidos a título de ICMS, em razão da sistemática da substituição tributária.

Em contra-razões (fls. 1032-1052), o recorrido defende, preliminarmente, (a) preclusão da discussão sobre o momento de inclusão de litisconsórcio passivo necessário; (b) a ausência de

exaurimento das instâncias ordinárias (Súmula 207/STJ); (c) a extemporaneidade do recurso especial; e (d) a necessidade de exame de matéria constitucional. No mérito, requer a manutenção do julgado.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

1. A controvérsia se situa em domínio jurídico infraconstitucional, independentemente de exame de questões de índole constitucional. O recurso especial foi interposto tempestivamente e, nesses aspectos, atende aos requisitos de admissibilidade.

2. Há uma questão prejudicial às demais, que diz respeito à alegação de decadência pela tardia formação do litisconsórcio passivo. Essa matéria foi decidida por unanimidade pelo acórdão recorrido, razão pela qual, no particular, o recurso pode ser conhecido, independentemente da questão preliminar adiante enfocada.

A tese do recurso é de que, havendo na ação rescisória litisconsórcio passivo necessário, a propositura da ação deveria ter ocorrido no prazo de dois anos, em relação a todos os demandados, sob pena de decadência. Realmente, se o litisconsórcio passivo fosse necessário, a tese estaria correta e amparada em jurisprudência do STJ, como, v.g., na AR 2009/PB, 1a. Seção, DJ de 03/05/2004, de minha relatoria, e nos EREsp 676159/MT, Corte Especial, DJe de 30/3/2011, de relatoria da Min. Nancy Andrighi. Todavia, não é esta a hipótese dos autos. Não é correto afirmar que, em ação rescisória, o litisconsórcio passivo tem, sempre e invariavelmente, a natureza de litisconsórcio necessário, a impor a participação de todos os que figuraram na primitiva relação processual de que derivou a sentença rescindenda. Também na ação rescisória o regime é o do art. 47 do CPC: “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de

lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”. Ora, relativamente à ação rescisória, não há determinação legal a respeito, razão pela qual o litisconsórcio passivo necessário somente ocorrerá se o Tribunal tiver que decidir a causa de modo uniforme para todas as partes, ou seja, se a sentença rescindenda não comportar rescisão parcial, mas apenas integral, atingindo necessariamente a todos os figurantes da primitiva ação.

Essa situação, todavia, nem sempre ocorre. Assim, relativamente a sentenças proferidas em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, é evidentemente admissível sua rescisão parcial. É que, em casos tais, a primitiva ação, proposta por diversos autores, nada mais representa que uma cumulação de demandas que poderiam ter sido propostas separadamente e que foram aglutinadas numa única relação processual por mero interesse dos demandantes litisconsorciados (CPC, art. 46). Sobre o litisconsórcio comum facultativo, eis a lição didática do Professor Cândido Dinamarco:

Aqui, não constituindo objeto do julgamento uma só é única situação jurídica substancial incidível, o processo tende a vários provimentos “somados em uma sentença formalmente única” – e isso será assim ainda quando haja algum pronunciamento *incidenter tantum* acerca de uma relação incidível (...).

É o caso de várias vítimas de um só acidente rodoviário postulando condenação da mesma empresa ao ressarcimento; também o de uma ação de cobrança movida ao mutuário e ao fiador; ou uma de servidores à Fazenda Pública, visando a vantagens análogas.

Em casos assim (...) o que se tem é uma pluralidade jurídica de demandas, também unidas só formalmente; cada um dos litisconsortes é parte legítima apenas com referência àquela porção do objeto do processo que lhe diz res-

peito, e, conseqüentemente, entende-se que seu *petitum* se reduz a essa parcela. Trata-se efetivamente de um cúmulo de demandas, não só subjetivo mas também objetivo, na medida em que à pluralidade de sujeitos corresponde uma soma de pedidos, todos eles amalgamados no complexo objeto que esse processo tem. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8a. ed., SP:Malheiros, p. 85/86).

Ora, se a sentença rescindenda diz respeito a ação proposta em litisconsórcio ativo facultativo (que, como visto, constitui mero cúmulo de demandas que poderiam ser propostas separadamente e que comportam soluções diferentes), nada impede que também a ação rescisória – e, se for o caso, o novo julgamento da causa, de que trata o art. 494 do CPC – seja promovida ou dirigida por ou contra um, alguns ou todos os primitivos litisconsortes facultativos, sujeitos, aqui também, ao mesmo regime comum. Em outras palavras: qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com o demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. É o que afirma a doutrina autorizada de Barbosa Moreira, a tratar da legitimidade passiva na ação rescisória:

O Código não contém disposição expressa a respeito da legitimação passiva para a ação rescisória. O princípio geral, parece-nos, é o de que devem integrar o contraditório todos aqueles que eram partes no feito anterior, ao ser proferida a sentença (*lato sensu*) rescindenda.

(...)

Ressalve-se que, se se tratar de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um

(ou alguns) dos distintos capítulos, será desnecessária a citação daquele(s) a quem, conquanto parte(s) no processo anterior, não diga(m) respeito o(s) capítulo(s) rescindendo(s). Assim, v.g., caso tenha havido denunciação da lide, e o denunciado queira rescindir a sentença na parte em que reconheceu, em face dele, o direito regressivo do denunciante, bastar-lhe-á, na rescisória, fazer citar este último. Análoga disciplina se observará se, no processo anterior, houve cumulação subjetiva de ações, com litisconsórcio sujeito ao regime comum, e só se pretende a rescisão no tocante a um (ou a alguns) dos litisconsortes. (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Arts. 476 a 565, 12a. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 173-174)

No mesmo sentido: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 4a. ed., RJ: Forense, p. 691.

Comentando acórdão proferido em hipótese semelhante à dos autos, anotou, com inteira razão, Dilvanir José da Costa:

A rescisão pode ser realmente de parte da decisão contra todos e não pode ser de toda a decisão contra parte dos litigantes. Mas faltou a seguinte hipótese possível e não prevista no voto: a rescisão pode ser de parte da decisão contra parte dos litigantes. E aqui está precisamente a hipótese desta ação. Em relação aos 10 integrantes da decisão rescindenda, não citados, a mesma restará intacta, o que é perfeitamente possível, por ser divisível o objeto da referida decisão: cada funcionário recebeu, através da sentença, um quota certa e separada de direitos, exequíveis com autonomia e independência, como prova a cópia da respectiva liquidação, anexada a fls.

Logo, a rescisão só valerá em relação aos citados para esta ação e, portanto, o acórdão não será rescindido totalmente. Haverá divisão em relação às partes (subjetiva) e em relação aos respectivos objetos materiais autônomos

(objetiva), por serem estes separados ou não comuns. Tanto que a sentença rescindenda resultou de um litisconsórcio facultativo por mera afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (forma mais simples, prevista no último inciso do art. 46). Nem chegou a ser por conexão de causas, cuja finalidade é evitar sentenças contraditórias. Outros funcionários, em situação idêntica, ajuizaram ações em outras varas e até perderam, com trânsito em julgado, como é notório. Os tratadistas citam as ações coletivas como esta, contra a Fazenda Pública, como exemplo típico de litisconsórcio facultativo por afinidade de questões (art. 46, IV), como se pode conferir em Celso Barbi, *Comentários...*, Forense, art. 46; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas...*, Saraiva, 1977, vol. 2º, p. 8, com apoio em Pontes de Miranda e Gabriel Rezende Filho. Aliás, Celso Barbi Acrescenta: “O litisconsórcio fundado no item IV é tipicamente reunião de várias ações em um só processo. Podiam ser propostas separadamente, em processos distintos. Mas a reunião em um só atende às exigências da economia processual” (*Comentários...*, n. 295).

3.A 3ª conclusão do Relator está correta: no litisconsórcio necessário e unitário devem ser citados todos os interessados, sob pena de ineficácia da sentença, que não pode valer em relação a uns e não valer em relação a outros.

Resta saber se essa premissa geral se aplica à espécie. *Data venia*, não se aplica. Não se trata aqui, de um típico litisconsórcio necessário e unitário, cuja característica é a indivisibilidade do objeto litigioso, que é comum a todos os litigantes. Nesta ação os objetos são distintos e separados. A sentença rescindenda é divisível objetiva e subjetivamente. Atribuiu a cada litisconsorte facultativo, que se juntou a outros para demandar contra o Estado por simples economia processual, o direito individual (e não comum a todos) de

ter o seu respectivo cargo em comissão (em que se apostilou) equiparado a cargo do novo Quadro Permanente, com as mesmas atribuições. Em consequência, cada qual passou a receber os vencimentos ou proventos do novo cargo respectivo, bem como cada qual recebeu uma quantia certa e distinta de atrasados, conforme liquidação de sentença anexada a fls.

Logo, o litisconsórcio nesta rescisória é divisível, objetiva e subjetivamente. A sentença contra os citados em nada afetará o direito dos 10 não envolvidos, em relação aos quais restará não rescindido o acórdão que os beneficiou. (COSTA, Dilvanir José da. Do litisconsórcio necessário em ação rescisória, in *Revista de Processo*, n. 30, p. 280/281).

*Mutatis mutandis*, é essa a situação verificada na presente hipótese. Ora, em se tratando de litisconsórcio passivo facultativo, a relação entre os sujeitos do processo é regida pela disciplina do art. 48 do CPC:

Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

Isto significa que, se a ação rescisória foi proposta, em relação a um dos litisconsortes passivos facultativos, fora do prazo de dois anos, de que trata o art. 495 do CPC, há, certamente, em relação a ele, o fenômeno da decadência. Nesse ponto, merece reforma o acórdão quanto à recorrente Comercial Oliveira LTDA. Todavia, esse mesmo fenômeno não alcança os demais litisconsortes passivos, em relação aos quais a ação foi tempestivamente proposta.

3. No que toca à ausência de exaurimento de instância, tem razão o recorrido. Na sistemática da Lei 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530 do CPC, são cabíveis embargos infringentes, entre outras hipóteses, contra acórdão não unânime,

quando houver julgamento de procedência de pedido formulado em ação rescisória. Ora, conforme faz certo o art. 488, I, do CPC, a ação rescisória comporta dois pedidos cumulados, o de rescisão propriamente dito e o de novo julgamento da causa. Isso significa dizer que o correspondente julgamento inclui não apenas o *iudicium rescindens* (= a rescisão, em sentido estrito, da decisão atacada), mas também o do *iudicium rescissorium*, referente ao pedido cumulado. É o que determina o art. 494 do CPC. Não havendo unanimidade em relação ao juízo de procedência de qualquer deles individualmente, estará configurada hipótese de desacordo parcial, o que, por si só, já enseja a interposição do recurso de embargos infringentes, como decorre do disposto na parte final do art. 530 do CPC.

Foi isso o que ocorreu no caso: embora tenha havido unanimidade quanto ao juízo de rescisão (inclusive sobre o juízo negativo de decadência), houve votação por maioria quando ao pedido de novo julgamento da causa. Não tendo sido interposto, quanto a esse ponto, o recurso de embargos infringentes, ficou desatendida a exigência de exaurimento da instância ordinária, impedindo o conhecimento do recurso especial relativamente à matéria, a teor do que dispõe a Súmula 207/STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

4. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, apenas para julgar extinto o processo em relação a Comercial Oliveira Ltda, invertendo-se, em relação a ela, os ônus da sucumbência. É o voto.

## CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, apenas para julgar extinto o processo em relação a Comercial Oliveira Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

## PENAL E PROCESSO PENAL

### SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO PREJUDICA PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA EM PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS

Supremo Tribunal Federal  
*Habeas Corpus* n. 107.191 – SP  
 Órgão julgador: 1a. Turma  
 Fonte: DJe, 22.06.2011  
 Relatora : Ministra Cármen Lúcia

#### **HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.**

1. A superveniência de sentença condenatória não prejudica a pretensão do paciente de concessão de liberdade provisória para desconstituir a prisão em flagrante por tráfico de entorpecente, pois a solução dessa controvérsia tem influência direta na discussão quanto à possibilidade de apelar em liberdade.

Tendo o paciente respondido ao processo preso em razão do flagrante e sendo correta a tese sustentada de que deveria ter sido concedida a liberdade provisória, ele, ao tempo da sentença, estaria em liberdade e, portanto, poderia, em princípio, suscitar a aplicação do art. 59 da Lei n. 11.343/2006 e plei-

tear o benefício de apelar em liberdade. Precedentes. 2. Concessão parcial da ordem para reformar a decisão proferida pela autoridade coatora, no sentido do prejuízo da impetração no Superior Tribunal de Justiça, e determinar que outra seja proferida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em conceder parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 7 de junho de 2011.

Ministra CÁRMEN LÚCIA – Relatora

### RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. *Habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO, em favor de J.A.V., contra decisão do Ministro Og Fernandes, que, em 6.12.2010, julgou prejudicado o *Habeas Corpus* n. 153.866, impetrado em benefício o ora Paciente:

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de J.A.V., contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos ter sido o paciente preso em flagrante, em 7.5.09, pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06.

Pleiteada a liberdade provisória, o pedido foi negado tanto pelo Juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal de origem.

No presente *writ*, sustenta a impetrante ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, bem como excesso de prazo na formação da culpa.

*Requer, assim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.*

*Liminar indeferida à fl. 30.*

*Prestadas informações, o parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Adalberto Nóbrega é pela denegação da ordem (fls. 59/62).*

*Decido.*

*Informações obtidas por meio de consulta realizada no sítio oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na internet, noticiam que, em momento posterior à impetração deste writ, sobreveio sentença condenando o ora paciente à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, sendo mantida a segregação.*

*Com isso, fica esvaziada a tese de falta de fundamentação idônea na decisão que negou o pleito de liberdade provisória, pois agora a prisão decorre de novo título.*

(...)

*Essa orientação encontra-se cristalizada no âmbito desta Sexta Turma. Sejam exemplos estes julgados: HHCCs 160.026/BA; 141.278/SP; 105.109/SP; 173.401/SP; 66.439/CE; 166.251/ES e 161.662/SP.*

*Da mesma forma, prolatada sentença condenatória, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa (...).*

*Pelo exposto, com fundamento no artigo 34, XI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, julgo prejudicado o habeas corpus” (grifos nossos).*

2. A Impetrante alega que “o pedido de habeas corpus impetrado perante a autoridade coatora não restou prejudicado, traduzindo-se em autêntico constrangimento ilegal a permanência do acusado no cárcere, pois a superveniência da sentença que mantém a custódia pelos mesmos fundamentos consignados no decreto de prisão preventiva não implica perda



de objeto da impetração contra esse decreto dirigida”.

Ressalta que não haveria devida fundamentação na sentença condenatória para a manutenção da prisão do Paciente e que não estariam presentes, na espécie, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Este o teor dos pedidos:

“Presentes, portanto, os requisitos autorizadores da medida liminar; aguarda-se sua concessão, expedindo-se o competente alvará de soltura e concedendo-se a liberdade em caráter precário até o julgamento final do presente writ.

(...)

[H]aja por bem esse Colendo Tribunal Supremo confirmar a liminar e conceder definitivamente a ordem de habeas corpus em favor do ora paciente, diante do evidente constrangimento ilegal que está sendo lhe imposto”.

3. Em 17.2.2011, indeferi o pedido de medida liminar, requisitei informações e determinei vista ao Procurador-Geral da República.

4. As informações foram prestadas e a Procuradoria-Geral da República opinou “pela concessão parcial da ordem somente para que o Superior Tribunal de Justiça analise a legalidade da prisão cautelar”.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – (Relatora):

1. Razão jurídica assiste à Impe-trante em parte, pois, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, não há falar em prejuízo do *Habeas Corpus* n. 153.866, como afirmado pelo Ministro Og Fernandes na decisão objeto desta impetração.

2. Tem-se nos autos que o ora Paciente foi preso em flagrante por suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 35 da Lei n. 11.343/2006.

Indeferido o pedido de liberdade provisória, foi impetrado no Tribunal

de Justiça de São Paulo o *Habeas Corpus* n. 990.09.125029-5, cuja denegação, em 27.8.2009, foi objeto do *Habeas Corpus* n. 153.866, julgado prejudicado pela autoridade ora apontada como coatora.

Em 22.2.2010, o juízo da 20a. Vara Criminal da Comarca de São Paulo condenou o ora Paciente às penas de nove anos e quatro meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e de multa, e não lhe concedeu o direito de recorrer em liberdade, com base nos seguintes fundamentos:

“Em razão de estar respondendo ao processo preso, tem-se entendido que seria um contra-senso libertá-lo após a sentença que o condenou. Ademais, remanescem presentes os requisitos da custódia cautelar (art. 312 do CPP)”.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 95.584, de minha relatoria, DJe 6.2.2009, ao apreciar a preliminar relativa ao eventual prejuízo do pleito de concessão de liberdade provisória em razão da superveniência de sentença condenatória, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal conheceu do *habeas corpus*, na linha do meu voto e decidiu que não estava prejudicada a pretensão de concessão de liberdade provisória para desconstituir a prisão em flagrante por tráfico de entorpecente, pois a solução dessa controvérsia tem influência direta na discussão quanto à possibilidade de apelar em liberdade.

Nesse julgamento, afirmei que, tendo o paciente respondido ao processo preso em razão do flagrante e sendo correta a tese sustentada de que deveria ter sido concedida a liberdade provisória, ele, ao tempo da sentença, estaria em liberdade e, portanto, poderia, em princípio, suscitar a aplicação do art. 59 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual, nos crimes “previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”.

O ora Paciente somente poderia apelar em liberdade se fosse desconstituída a sua prisão em flagrante, que perdurou até a sentença condenatória, pois esse benefício, segundo jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal, “pressupõe a cumulação dos pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade à ação penal” (HC 94.521-AgrR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º.8.2008).

Dessa forma, a decisão objeto desta impetração está em desarmonia com essa jurisprudência, motivo pelo qual deve ser reformada para que outra seja proferida.

3. Quanto à alegação de que não haveria devida fundamentação na sentença condenatória para a manutenção da prisão do Paciente e de que não estariam presentes, na espécie, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, trata-se de questões que não foram objeto de exame pela autoridade coatora, que se restringiu a decidir pelo prejuízo.

Em razão disso, deixo de fazer exame dessas matérias para evitar indevido prejulgamento e permitir a análise do Superior Tribunal de Justiça.

4. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de conceder parcialmente a ordem para reformar a decisão objeto desta impetração, proferida pelo Ministro Og Fernandes, que julgou prejudicado o *Habeas Corpus* n. 153.866, impetrado no Superior Tribunal de Justiça, e determinar que outra seja proferida.

## EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma concedeu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1a. Turma, 7.6.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.  
Carmen Lilian – Coordenadora

## TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

### SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DEVIDO AO RECEBIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO TRABALHISTA

Tribunal Superior do Trabalho  
Recurso de Revista n. 70000-64.2008.5.15.0143  
Órgão julgador: 2a. Turma  
Fonte: DEJT, 17.06.2011  
Relator: Ministro Caputo Bastos

#### RECURSO DE REVISTA.

#### 1. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO.

#### CONTRATO DE TRABALHO.

#### AUXÍLIO-DOENÇA. ORIENTAÇÃO

#### JURISPRUDENCIAL Nº 375 DA SBDI-1.

O afastamento do empregado em gozo de auxílio-doença não enseja a suspensão do prazo prescricional para o exercício da pretensão às verbas trabalhistas. Isso porque a suspensão do contrato de trabalho não acarreta, por consequência, a suspensão da prescrição, ante a inexistência de previsão legal. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 375 da SBDI-1.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-70000-64.2008.5.15.0143, em que é Recorrente USINA DA BARRA S.A. – AÇÚCAR E ÁLCOOL e é Recorrido GERALDO FERREIRA FILHO.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região, por meio da v. decisão de fls. 130/132 (numeração eletrônica), deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada e deu provimento parcial ao recurso or-

dinário do reclamante para afastar os efeitos da prescrição total sobre seus pedidos e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para que nova decisão venha a ser proferida.

Inconformada, interpõe a reclamada recurso de revista às fls. 136/153, sustentando que a suspensão do contrato de trabalho por auxílio-doença não interrompe o prazo prescricional. Aponta violação dos artigos 7º, XXIX, da Constituição Federal, 197, 198 e 199 do CC, e 11 da CLT, bem como oferece arestos a cotejo (fl. 136/153).

Decisão de admissibilidade às fls. 162/163.

Não há contrarrazões.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

## VOTO

### 1. CONHECIMENTO

#### 1.1. PRESSUPOSTOS COMUNS

O apelo é próprio e tempestivo (fls. 133 e 135), a representação processual mostra-se regular (fls. 31/50), satisfeito o preparo (fls. 159/160). Satisfeitos, ainda, os demais pressupostos comuns de admissibilidade, passo à análise daqueles específicos do recurso de revista.

#### 1.2. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

##### 1.2.1. PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

A egrégia Corte Regional, ao examinar o recurso ordinário interposto pelo reclamante decidiu, neste particular, dar-lhe provimento parcial para afastar os efeitos da prescrição total sobre seus pedidos. Ao fundamentar a sua decisão, registrou:

– Insurge-se o reclamante contra a r. sentença de origem, que declarou prescritos todos os direitos perseguidos pelo autor, eis que a ação foi proposta em 25/08/2008 e o afastamento em decorrência da doença ocupacional ocorreu em julho de 2000.

Conforme se observa dos autos, o reclamante foi admitido pela recla-

mada em 12/05/1997, para exercer a função de trabalhador rural volante, sendo afastado do trabalho, com recebimento de auxílio previdenciário a partir de julho de 2000, fato incontroverso e aposentadoria por invalidez em 12/04/2003 (fls. 13 e 15).

Dispõe o artigo 475 da CLT que o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis previdenciárias.

Por sua vez, estabelece a Lei 8.213/91 que o contrato de trabalho torna-se suspenso a partir do 16º dia do afastamento do trabalhador, independentemente de percepção de auxílio-doença (artigo 42 c/c artigo 43, § 1º, -a-), não fazendo qualquer distinção entre incapacidade decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou outro tipo de doença que acometa o segurado.

Trata-se de hipótese que causa, como efeito, a suspensão temporária do contrato de trabalho, tal como a figura do afastamento do jovem para prestação do serviço militar. Nem poderia ser diferente, já que, nesse período, a remuneração do empregado fica a cargo da Previdência Social, permanecendo para o empregador apenas algumas obrigações econômicas como, por exemplo, a contagem do tempo para fins de depósitos no FGTS.

Dessa feita, estando suspenso o contrato de trabalho em razão do afastamento do empregado, com o respectivo recebimento do auxílio-doença e a consequente aposentadoria por invalidez, opera-se a correlata suspensão do fluxo do prazo prescricional para ajuizamento da ação.

Nesse sentido, diversos são os julgados deste Tribunal, consoante jurisprudências abaixo colacionadas:

– PRESCRIÇÃO QUINQUENAL / PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA/ SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – A percepção de auxílio-doença por longo período implica em suspensão do contrato de tra-

balho e referida condição suspensiva, a teor do artigo 199, I, do Novo Código Civil, não permite que corra a prescrição quinquenal, única a se operar no curso da relação de emprego.– (TRT 15a. Região – Ac. 003806/2006 – Juiz Relator Nildemar da Silva Ramos – DOE: 03/02/2006)

– RECURSO DO RECLAMANTE. AUXÍLIO-DOENÇA. CAUSA DE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 476 DA CLT E 199, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. Data vênua do entendimento contido na r. sentença, o auxílio-doença tem sim força suficiente para suspender o prazo prescricional. Portanto, é razoável a tese levantada pelo autor, segundo a qual a prescrição deve ser contada a partir da data em que o reclamante entrou em gozo de auxílio-doença, qual seja, 06.11.2000, retroagindo-se cinco anos, até 06.11.1995, estando prescritos somente os direitos anteriores a esta data, restando afastada a prescrição bienal.– (TRT 15a. Região – Ac. 003870/2007 – Juiz Relator Luiz Carlos de Araújo – DOE: 26/01/2007).

Logo, e considerando-se que o contrato de trabalho do reclamante encontra-se suspenso desde julho de 2000, convém afastar os efeitos letais da prescrição declarados pela r. sentença e também determinar o retorno dos autos à Vara de origem para que nova decisão possa vir a ser proferida, em respeito ao princípio que veda a supressão de Instâncias e porque inadmissível o reexame de fatos e provas em sede de recurso de revista (Súmula 126 do C. TST).- (fls. 130/132)

Inconformada, interpõe a reclamada o presente recurso de revista às fls. 136/153, requerendo seja declarada a prescrição total. Sustenta que a suspensão do contrato de trabalho não é causa interruptiva ou suspensiva do prazo prescricional. Indica violação dos artigos 7º, XXIX, da Constituição Federal,

197, 198 e 199 do CC, e 11 da CLT, bem como oferece arestos a cotejo.

O recurso alcança conhecimento.

A egrégia Corte Regional, ao afastar a prescrição ao caso em análise, em virtude da concessão de auxílio-doença, divergiu do último aresto de fl. 148, que estampa tese contrária, no sentido de que -O afastamento do empregado em virtude de aposentadoria por invalidez ou do gozo do benefício de auxílio-doença não constitui causa de suspensão ou interrupção de qualquer prazo prescricional-.

Conheço do recurso, por divergência jurisprudencial.

## 2. MÉRITO

2.1. PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

É fato incontroverso que o contrato de trabalho do autor foi suspenso em julho de 2000 (fl. 130), em decorrência do auxílio-doença, sendo que a autora veio a se aposentar por invalidez em 12/04/2003 (fl. 130). Todavia, não há, nos autos, comprovação de que o autor estivesse absolutamente impossibilitado de acessar o Judiciário.

A prescrição é instituto de direito material que limita a pretensão daquele que teve direito violado a determinado prazo estabelecido em lei. Essa limitação tem por objetivo a estabilização das relações sociais motivo pelo qual a prescrição é um dos sustentáculos do princípio da segurança jurídica. Por isso, os prazos prescricionais e as causas de interrupção e suspensão da prescrição são taxativamente regulados em dispositivos de lei.

Dessa forma, ausente previsão no ordenamento jurídico pátrio de hipótese de suspensão do prazo prescricional pela obtenção de auxílio-doença e conseqüente suspensão do contrato de trabalho, não é possível acolher a tese adotada pela egrégia Corte Regional.

Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 375 da SBDI-1, que preconiza:

– AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.–

Portanto, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 25/08/2008, dou provimento ao recurso de revista da reclamada para declarar prescritas as parcelas anteriores a 25/08/2003.

## ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamada por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar prescritas as parcelas anteriores a 25/08/2003.

Brasília, 08 de junho de 2011.

CAPUTO BASTOS – Ministro Relator

## ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

### PRAZO PARA CANDIDATO EXCLUÍDO DE CONCURSO IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTA A PARTIR DA ELIMINAÇÃO DO CERTAME

Superior Tribunal de Justiça  
Recurso Especial n. 1.230.048 – PR  
Órgão julgador: 2a. Turma  
Fonte: DJe, 02.06.2011  
Relator: Ministro Castro Meira

### ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO PARANÁ. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. EXIGÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR ANTES DA POSSE. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. NÃO-

**CUMPRIMENTO DO REQUISITO. DECADÊNCIA DO MANDAMUS. NÃO-OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. MOMENTO EM QUE O ATO COATOR SE TORNA EFICAZ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 266/STJ.**

1. Discute-se o termo inicial do prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança contra ato coator que excluiu o candidato do certame, por não ter apresentado o diploma de nível superior antes da posse, conforme disposição contida no edital do concurso.

2. Não configura ato coator a exigência que, no momento da publicação do edital, não fere o direito líquido e certo do candidato, detentor, tão somente, da mera expectativa em ser aprovado.

3. A coação surge apenas no momento em que o candidato, ora impetrante, veio a ser eliminado do certame. Somente a partir desse momento, a regra editalícia passa a afetar seu direito subjetivo, legitimando-o para a impetração.

4. Assim, o termo *a quo* para a fluência do prazo decadencial é o ato administrativo que determina a eliminação do candidato, a partir da divulgação dos nomes dos habilitados a prosseguirem nas fases seguintes do concurso, e não a mera publicação do respectivo edital.

5. “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”(Súmula 266 do STJ).

6. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell

Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de maio de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira – Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Trata-se recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, com fulcro no art. 105, II, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

Direito administrativo. Apelação cível e reexame necessário. MS. Edital de concurso público. Escrivão da polícia civil. Decadência. Inocorrência. Prazo que se inicia a partir da concretização do ato, e não da publicação do edital. Expectativa de direito que se concretizou com a divulgação da lista de aprovados. Decadência afastada. Mérito. Exigência de representação de diploma de concurso superior após a aprovação na prova de conhecimentos. Impossibilidade. Documento exigível tão-somente quando da posse do candidato aprovado no certame. Súmula 266 do STJ. Apelação cível não provida (e-STJ fl. 217).

Nas razões do especial, sustenta o ora recorrente, em suma, contrariedade ao art. 18 da Lei nº 1.533/51. Argumenta que o prazo decadencial para a interposição do mandado de segurança tem início com a publicação do instrumento convocatório.

Aduz, ainda, que “o ato impugnado não é aquele que somente aplicou o que já estava previsto no edital, mas sim o próprio edital, no item em que previu que a comprovação do requisito de escolaridade de nível superior ocorreria antes da posse” (e-STJ fl. 237).

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 249-258).

Admitido o recurso na origem, os autos subiram a esta Corte (e-STJ fls. 262-264).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Discute-se nos autos o termo inicial do prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança contra ato coator que excluiu o candidato do certame por ausência de apresentação dos documentos essenciais à posse, no caso, diploma de nível superior, na forma do item 9.1.1 do Edital do concurso.

Nas contrarrazões, o recorrido alega que a data do indeferimento da entrega dos documentos solicitados é o termo inicial para a contagem do prazo estabelecido no art. 18 da Lei nº 1.533/51, motivo pelo qual não há que se falar em decadência. Aduz, ademais, que a regra editalícia em questão é contrária ao entendimento firmado por esta Corte Superior, sedimentado na Súmula 266/STJ.

Colhe-se dos autos que o edital do concurso previu a exigência de apresentação dos documentos após a aprovação nas provas de conhecimentos específicos, mas antes das demais fases, conforme se extrai do seguinte excerto tirado do voto condutor do decisório atacado:

Observa-se que o item 9.1.1 do Edital nº 01/2007, datado de 25 de maio de 2007, exigiu a apresentação do diploma em curso superior após a aprovação do candidato na prova de conhecimentos específicos (fls. 29-verso).

No entanto, o objeto do *writ* não é a anulação do aludido edital, mas sim do ato administrativo que o aplicou, conforme se infere dos documentos juntados às fls. 21/23 – resposta ao requerimento formulado pelo candidato eliminado, informando o seu não-conhecimento de pedidos atinentes à exigência de comprovação da escolaridade.

De se ver que inexistente violação ao artigo 18 da Lei nº 1.533/51, porquanto o prazo decadencial inicia-se a partir da ciência do indeferimento da entrega dos documentos pessoais do impetran-

te e conseqüente impossibilidade de participação do candidato na fase subsequente do certame.

Assim, a exigência de apresentação dos documentos relativos à fase de “Investigação de Conduta” prevista no edital convocatório nº 001/2007, não implica na pretendida decadência, porquanto, até então, havia uma mera expectativa do candidato em ser aprovado, e não um direito balizador do writ, o qual surgiu com sua aprovação no concurso.

Destarte, se o candidato apelado impetrasse o mandado de segurança quando da situação de simples candidato, num primeiro momento lhe faltaria interesse processual, eis que o processo ainda não seria necessário e, também, poderia não ter qualquer utilidade

Dentro dessas circunstâncias, a melhor interpretação é a de que o prazo decadencial começou a fluir a partir da publicação da lista dos aprovados, em 31 de outubro de 2007 (fls. 41/52-verso)” (e-STJ fl. 219/220).

De acordo com o Edital, os documentos exigidos na fase de investigação de conduta deveriam ser entregues logo após a conclusão da etapa referente às provas de conhecimentos gerais e específicos. Dessa forma, com a exclusão, o candidato fora impedido de participar dos exames de higiene física e de aptidão física, bem como da prova de títulos.

O art. 18 da Lei 1.533/51 (revogado pelo art. 23 da Lei 12.016/09, de igual teor) dispunha que, *verbis*:

Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pela interessado, do ato impugnado.

Esta Turma tem decidido que o termo inicial para a contagem do prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, nos casos em que busca afastar regra contida no Edital, conta-se a partir da sua publicação, como se verifica em precedente da minha relatoria:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA REGRA EDITALÍCIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO *A QUO*. PRECEDENTES.

1. A publicação do edital marca o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança que se destina a questionar a legitimidade de regra editalícia. Precedentes: AgRMS 28.075/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.03.09; RMS 27.673/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02.08.10; AgRMS 28.323/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.05.10; RMS 29.776/AC, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 19.10.09, dentre outros.

2. O mandado de segurança foi apresentado tão somente em novembro de 2009, isto é, muito além do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias computado a partir da publicação do edital, que ocorreu ainda no ano de 2008, daí porque realmente a ordem deve ser denegada sem resolução do mérito (art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09).

3. Recurso ordinário não provido (RMS 31919/AC, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010).

Contudo, na espécie, existem peculiaridades que devem ser observadas.

Com efeito, considerando o número cada vez mais expressivo de candidatos inscritos em concursos públicos, chegando, em alguns casos, a mais de um milhão de concorrentes, em que a maioria detém apenas mera expectativa de obter aprovação, a exigência de que a irrisignação se voltasse contra o edital seria despropositada.

É que centenas, quiçá milhares de candidatos se socorreriam à via judicial com a pretensão de afastar a regra editalícia que, muito provavelmente, sequer lhes alcançaria, levando-se em conta o percentual reduzido dos que chegam às fases finais do certame.

No caso em julgamento, deve-se considerar a possibilidade de conclusão do curso a tempo de atender o requisito, já que inviável prever o prazo para o encerramento de cada uma das etapas do certame.

Não obstante lhe faltasse, na data da publicação, condições de atender a exigência do edital, o recorrido pôde efetuar a sua inscrição no concurso e submeter-se à prova de conhecimentos específicos, na qual fora aprovado. Pois bem, apenas para os que conseguiram alcançar a fase subsequente – “Do exame da investigação da conduta” – é que a regra em discussão passou a ser aplicável.

Nessa linha, o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles ensina que “a fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível” e, dessa forma, “não é, pois, o conhecimento officioso do ato que deve marcar o início do prazo para a impetração, mas sim o momento em que se tornou apto a produzir seus efeitos lesivos ao impetrante” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, ...”, 28a. ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pp. 55-56 – grifado).

Portanto, a norma editalícia, genérica e abstrata, que prevê a apresentação de documentos em momento equivocado, somente terá eficácia para alterar a posição jurídica do inscrito quando for materializada e individualizada, afastando-o do certame.

Visível, portanto, que o interesse de agir do impetrante surgiu apenas quando o ato coator se efetivou.

Por conseguinte, somente a partir desse momento, a regra de conduta contida na norma editalícia afeta o direito subjetivo do candidato, legitimando-o, pois, à impetração do *mandamus*. Antes disso, não havia bem da vida a ser protegido pela via mandamental, sendo certo que não “convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair um resultado útil.

É preciso pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 281).

Não há, pois, que se considerar como ato coator requisito que, no momento da publicação do edital, não fere o direito líquido e certo do candidato, detentor, tão somente, da mera expectativa em ser aprovado. Quanto a isso, oportuno citar, novamente, o mestre Hely Lopes Meirelles:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei exige direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração [...]” (*Mandado de Segurança, Ação Popular, ...*, Op. Cit., pp. 36-37).

Nesse cenário, sequer configurado o justo receio da lesão, de acordo com entendimento da doutrina pátria:

Destarte, basta que haja o justo receio de que o ato venha a acontecer para termos possibilidade de impetração do mandado de segurança. A ameaça de lesão tem suporte constitucional do art. 5º, XXXV.

Todavia, claro está que o justo receio tem de ser concreto, palpável, aferível pelo juiz, e aferível de plano, com a inicial. Portanto, o justo receio não

pode ser mera alegação de que está o jurisdicionado por sofrer constrangimento considerado ilegal (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 5a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 89/90).

Sendo assim, não se verifica, na espécie dos autos, a alegada violação do artigo 18 da Lei 1.833/51, sob o pretexto de que se teria consumado o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, visto que o termo *a quo* é o ato que excluiu o candidato do certame, tal como corretamente afirmado no acórdão recorrido.

Dessarte, a decadência deve ser contada, nesse caso específico, do ato estatal de eliminação do candidato. No mesmo sentido, oportuno colacionar o seguinte excerto do voto do Exmo. Min. Felix Fischer proferido no julgamento do RMS 22.785/SP, Quinta Turma, DJ 17/12/2007:

Com efeito, não se sustenta o fundamento de que o recorrente deveria ter impetrado o *mandamus* contra a exigência editalícia quando da sua inscrição, uma vez que, nesse momento, não houve qualquer lesão a direito líquido e certo seu, já que pôde se inscrever e até mesmo realizar a prova prática de direção sem qualquer óbice da Comissão de Concurso, tendo sido aprovado em 6º lugar no certame, nomeado (fl. 44), cujo ato de nomeação foi tornado sem efeito posteriormente (fl. 56).

Trago à baila os precedentes a seguir colacionados, de semelhante teor:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA POLICIAL. EXAME MÉDICO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 18, DA LEI N.º 1.533/51. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO ATO LESIVO.

1. A decadência do direito de postular pretensão líquida e certa pelo impetrante, a teor do art. 18 da Lei

1.533/51, revogado pelo art. 23 da Lei 12.016/09, de igual teor, opera-se decorridos mais de 120 (cento e vinte) dias da ciência do ato impugnado, em sede de Mandado de Segurança.

2. Precedentes: AgRg no RMS 26.105/PE, QUINTA TURMA, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 30/06/2008; REsp 685.723/AL, QUINTA TURMA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 28/05/2007; RMS 16517/SC, SEXTA TURMA, Rel. Ministro PAULO MEDINA, DJ 03/10/2005.

3. *In casu*, o Edital que publicou o resultado do exame de saúde restou datado em 19/05/2008, o Mandado de Segurança foi impetrado em 09/06/2008, portanto, antes do transcurso do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 1318406/MS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/11/2010, DJe 01/12/2010).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. DIPLOMA OU HABILITAÇÃO LEGAL. EXIGÊNCIA. MOMENTO DA POSSE. SÚMULA 266/STJ. RECURSO PROVIDO.

1. A recorrente não se insurge contra as regras do edital, até porque colou grau antes de sua publicação, mas contra o ato que, ao convocá-la para a terceira fase do certame, exigiu-lhe a imediata apresentação do diploma. Decadência do direito de impetrar mandado de segurança afastada.

2. Em regra, tão-somente por ocasião da posse deve ser exigido do candidato aprovado em concurso público o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo. Inteligência da Súmula 266/STJ.

3. Recurso ordinário provido (RMS 23604/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27/03/2008, DJe 02/06/2008).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. Agente da Caixa Econômica Federal. Decadência. Inocorrência. Idade mínima fixada para concurso público.

I – Ao se submeter a normas de direito público para seleção e contratação de servidores, instituindo concurso e convocando-os pela ordem de classificação, a empresa pública sujeita-se a controle através de mandado de segurança.

II – Improcede a alegada caducidade do direito à ação mandamental, nos termos do art. 18 da Lei 1.533/51, haja vista que o *mandamus* foi impetrado pelo candidato no dia em que este tomou ciência de sua exclusão do referido concurso.

III – Em sintonia com o verbete da Súmula 266/STJ, o acórdão recorrido que rechaçou o exagerado apego ao contido no edital, no sentido de que o candidato deveria contar com 18 anos completos já no encerramento das inscrições. Recurso desprovido.” (REsp 588.017, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 07/6/2004.)

Essa orientação acha-se consolidada, há muito, na Súmula 266/STJ:

“O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

## 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, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.”

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

## TRIBUTÁRIO

### É IMPOSSÍVEL A COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE CRÉDITOS APURADOS A FAVOR DO CONTRIBUINTE COM DÉBITOS CUJA EXIGIBILIDADE ESTÁ SUSPensa

Tribunal Regional Federal da 4a. Região  
Reexame Necessário Cível n. 0005058-39.2009.404.7107/RS

Órgão julgador: 1a. Turma

Fonte: DE, 07.07.2011

Relator: Des. Federal Maria De Fátima Freitas Labarrère

### TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. DÉBITOS COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa POR PARCELAMENTO. DÉBITO REFERENTE A FGTS IMPEDINDO A LIBERAÇÃO DOS CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Impossibilidade de compensação de ofício de créditos apurados a favor do contribuinte com débitos com a exigibilidade suspensa.

2. Os débitos relativos a FGTS fogem à competência da Receita Federal, sendo descabível constituir óbice ao ressarcimento dos valores aos quais a impetrante tem direito.

## 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 remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de junho de 2011.

Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE – Relator

## RELATÓRIO

Madelleño Móveis Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do

Delegado da Receita Federal do Brasil em Caxias, objetivando a abstenção da autoridade coatora em reter o crédito fiscal da impetrante, bem como a restituição dos referidos créditos.

Narrou que foi notificada acerca da impossibilidade de restituição do seu crédito fiscal, em que pese possuísse pendências perante a Receita Federal. Tais pendências consistem em débitos fiscais da empresa incorporada pela impetrante, Art Legno Artefatos de Madeira Ltda., e na sua inscrição no CADIN/SISBACEN pela Caixa Econômica Federal, relativa a débitos de FGTS.

Sustentou a impetrante que os débitos pendentes junto à RFB foram parcelados, estando, dessa forma, suspensa a exigibilidade do crédito tributário. No tocante aos valores de FGTS devidos, alegou serem objeto da competente execução fiscal e encontra-se garantida por penhora naqueles autos, e que, ademais, os débitos de FGTS fogem à administração da autoridade coatora, sendo ilegal e abusiva a retenção operada (fls. 02/14).

Foi deferida a liminar (fls. 22/3).

Sobreveio sentença, concedendo a segurança, para determinar à autoridade coatora que se abstenha que reter os créditos fiscais arrolados pela impetrante na inicial (fls. 138/41).

Os autos vieram a esta Corte por força de reexame necessário.

Parecer do Ministério Público pelo desprovimento da remessa oficial (fls. 151/5).

## VOTO

O ilustre Procurador Regional Pública analisou com propriedade as questões inerentes ao caso, motivo pelo qual peço vênias para adotar o parecer exarado como razões de decidir, o qual passo a transcrever (fls. 151/5):

*Dos Fundamentos*

*Da impossibilidade de compensação de ofício de créditos reconhecidos pelo Fisco com débitos com a exigibilidade suspensa pelo parcelamento*

*O art. 7º do Decreto-lei nº 2.287/1986 previa:*

*Art 7º A Secretaria da Receita Federal, antes de proceder a restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.*

§ 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.

§ 2º O Ministério da Fazenda disciplinará a compensação prevista no parágrafo anterior.

*O Decreto nº 2.138/1997 regulamentou o art. 7º do Decreto-lei nº 2.287/1996, prevendo que a compensação de ofício pode ser realizada pelo Fisco quando verificada a existência de débito vencido.*

*Art. 6º A compensação poderá ser efetuada de ofício, nos termos do art. 7º do DecretoLei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, sempre que a Secretaria da Receita Federal verificar que o titular do direito à restituição ou ao ressarcimento tem débito vencido relativo a qualquer tributo ou contribuição sob sua administração.*

§ 1º A compensação de ofício será precedida de notificação ao sujeito passivo para que se manifeste sobre o procedimento, no prazo de quinze dias, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 2º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, a Unidade da Secretaria da Receita Federal efetuará a compensação, com observância do procedimento estabelecido no art. 5º.

§ 3º No caso de discordância do sujeito passivo, a Unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

*Posteriormente, o art. 114 da Lei nº 11.196, de 11 de novembro de 2005, deu nova redação ao disposto no art. 7º do Decreto-lei nº 2.287/1986, que passou a dispor o seguinte:*

*Art. 70 A Receita Federal do Brasil, antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.*

§ 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.

§ 2º Existindo, nos termos da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, débito em nome do contribuinte, em relação às 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, ou às contribuições instituídas a título de substituição e em relação à Olvidia Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.

§ 3º Ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e da Previdência Social estabelecerá as normas e procedimentos necessários à aplicação do disposto neste artigo.

*Ulteriormente, a Portaria Interministerial nº 23, de 2 de fevereiro de 2006 regulamentou o art. 114 da Lei nº 11.196/20051.*

*Da análise da legislação em vigor atualmente, conclui-se pela impossibilidade de compensação de ofício com débitos cuja exigibilidade esteja suspensa pelo parcelamento, pois a compensação de ofício só pode ser processada com débitos tributários vencidos e exigíveis, conforme o art. 163 do CTN.*

*Assim, deduz-se que a lei não autoriza que o Fisco retenha créditos reconhecidos ao contribuinte ou proceda a compensação de ofício, na hipótese dos débitos do contribuinte estarem com exigibilidade suspensa pelo parcelamento.*

*Ademais, compulsando os autos, a documentação acostada aos autos às tis. 116-119, comprova que foram atendidas as exigências lia” e “b”*

*feitas pela autoridade impetrada, não configurando mais estas óbices à restituição dos créditos tributários, porquanto foram indicados os débitos a serem incluídos no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009, bem como foi autorizada a compensação de ofício de alguns débitos fiscais.*

*No que tange à exigência elencada na letra “c” – regularizar junto à Caixa Econômica Federal a pendência existente junto ao SISBACEN – tem-se que ela está eivada de ilegalidade, visto que no caso dos autos não se amolda às hipóteses previstas no art. 6º, ii, da Lei nº 10.522/02, como pretende a autoridade impetrada. Por outro lado, a pendência não se refere à débito administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, porquanto trata-se de dívida do FGTS que está em processo de cobrança, com penhora de bens, pela Caixa Econômica Federal.*

*Portanto, não resta nenhum óbice que justifique a retenção os créditos tributários que a impetrante quer ver restituídos. Não há, pois, reparo na decisão proferida pelo juízo a quo, que concedeu a segurança.”*

Ante o exposto, voto por negar provimento à remessa oficial.

Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE – Relator



## CIVIL E COMERCIAL

### Ação indenizatória julgada improcedente não comporta recurso com base em violação da Lei de Imprensa

Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Alegação de violação ao artigo 27, VI da Lei 5.250/67. ADPF n. 130 do STF. Fundamento constitucional não impugnado mediante recurso extraordinário. Recurso especial não conhecido. 1. O STF, ao julgar a ADPF N. 130, declarou a não-recepção, pela Constituição Federal, da Lei de Imprensa em sua totalidade. Não sendo possível a modulação de efeitos das decisões que declaram a não-recepção, tem-se que a Lei de Imprensa é inválida desde a promulgação da Constituição Federal. 2. Portanto, quando se tratar de recurso contra acórdão que julgou improcedente o pleito indenizatório, inviável se configura o conhecimento de recurso especial por violação a dispositivo da Lei de Imprensa, pois ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuído o mister constitucional de zelar pela correta aplicação e interpretação da legislação federal. 3. Ademais, o fundamento constitucional no qual se apoiou o Tribunal de origem não foi devidamente impugnado mediante a interposição do competente recurso extraordinário. Incide a Súmula 126/STJ. 4. Recurso especial não-conhecido. (STJ - Rec. Especial n. 990.079/DF - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 01.07.2011).

### Carência para devolução de valor investido em plano de capitalização não é abusiva

Processual civil e bancário. Ação civil pública. Títulos de capitalização. Cláusula instituidora de prazo de carência para devolução de valores aplicados. Abusividade. Não ocorrência. 1. A manifestação do Ministério Público após a sustentação oral realizada pela parte não importa em violação do art. 554 do CPC se sua pre-

sença no processo se dá na condição de fiscal da lei. 2. Não pode ser considerada abusiva cláusula contratual que apenas repercute norma legal em vigor, sem fugir aos parâmetros estabelecidos para sua incidência. 3. Nos contratos de capitalização, é válida a convenção que prevê, para o caso de resgate antecipado, o prazo de carência de até 24 (vinte e quatro) meses para a devolução do montante da provisão matemática. 4. Não pode o juiz, com base no CDC, determinar a anulação de cláusula contratual expressamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio se não houver evidência de que o consumidor tenha sido levado a erro quanto ao seu conteúdo. No caso concreto, não há nenhuma alegação de que a recorrente tenha omitido informações aos aplicadores ou agido de maneira a neles incutir falsas expectativas. 5. Deve ser utilizada a técnica do “diálogo das fontes” para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico; no caso, as normas específicas que regulam os títulos de capitalização e o CDC, que assegura aos investidores a transparência e as informações necessárias ao perfeito conhecimento do produto. 6. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 1.216.673/SP - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJe, 09.06.2011).

### Culpa concorrente obriga banco a indenizar cliente que fazia operações ilegais

Responsabilidade civil. Intermediação de valores mobiliários. Atuação irregular. Pessoa não autorizada pela comissão de valores mobiliários para atuar no mercado de ações. “garimpo”. Prática, em tese, de crime contra o mercado de capitais, desde 2001 tipificado no art. 27-e da Lei 6.385/76, com vigência a partir de 2002. Suspensão, pela instituição bancária, da execução de contratos de compra e venda irregular de ações. Culpa concorrente das partes contratantes. Cabimento de condenação por danos materiais e morais. 1.- Age em erro quem, por não ser versado no mercado de ações, desde o início de seu

empreendimento praticava ato de intermediação irregular de valores mobiliários. Por tratar-se de erro que poderia ser perceptível pelo homem médio, caracterizada está a culpa concorrente a resultante da falta de conhecimento para o agir regular. Cabível, portanto, indenização de parte dos danos decorrentes do fim da relação contratual mantida com a instituição bancária depositante de ativos oriundos da compra e venda de ações não autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários. A instituição bancária que tem a custódia das ações tem o dever de conhecer as regras do mercado de ações e age com culpa quando participa de contrato que tem por objeto prática vedada desde 1976 pela Lei 6.385/76 (Lei das Sociedades Anônimas). 2.- É direito e dever da instituição bancária suspender, com amparo nas regras da Comissão de Valores Mobiliários e na Lei 6.385/76, a execução de contratos que têm por objeto atividade não autorizada pela autarquia. Todavia, age com abuso quando por dois anos dá guarida à compra e venda de ações em desconformidade com a lei vigente. 3.- Recursos Especiais improvidos. (STJ - Rec. Especial n. 1.037.453/PR - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 17.06.2011).

### Dispensa de correção do contrato não autoriza cobrança retroativa após rescisão

Civil. Contratos. Dívidas de valor. Correção monetária. Obrigatoriedade. Recomposição do poder aquisitivo da moeda. Renúncia ao direito. Possibilidade. Cobrança retroativa após a rescisão do contrato. Não-cabimento. Princípio da boa-fé objetiva. Teoria dos atos próprios. *Supressio*. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação

do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.

2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes.

3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

4. O princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, *surrectio* e *supressio*.

5. A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 1.202.514/RS - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 30.06.2011).

### Honorários de advogado devem entrar na condenação por perdas e danos

Civil e processual civil. Valores despendidos a título de honorários advocatícios contratuais. Perdas e danos. Princípio da restituição integral.

1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores

despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 1.134.725/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 24.06.2011).

### Instituição financeira deve guardar documentos contábeis referentes à conta bancária pelo prazo de vinte anos

Agravo de Instrumento. Exibição de extratos de conta bancária. Prescrição vintenária. Guarda dos documentos. Responsabilidade da instituição financeira. Obrigação tão somente da conta indicada nos autos.

I - O prazo prescricional nas ações que versam sobre os critérios de remuneração da caderneta de poupança em que são postuladas as respectivas diferenças é vintenário. Por essa razão, esse é o período pelo qual os documentos contábeis devem ser guardados pela instituição financeira, devendo ser apresentado tão somente os referentes à conta noticiada nos autos.

II - Agravo de instrumento da Autora provido.

(TRF - 1a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 2009.01.00.075980-7/MG - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian - Fonte: e-DJF1, 04.07.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Assim fundamentou o relator ao proferir seu voto: “Anoto que a compete à empresa pública ré, guardar tais documentos por todo o prazo de vinte anos, pois, de acordo com as resoluções do Banco Central do Brasil, o prazo para sua guarda é de cinco anos não procede, tendo em vista que no presente caso, a prescrição a ser considerada é a vintenária, uma vez que o direito à cobrança nasce no dia da lesão - em que a obrigação deveria ter sido cumprida e não o foi. É razoável entender que, se o direito à propositura da ação, no caso, prescreve em vinte*

*anos, é por este mesmo prazo que a CEF está obrigada a guardar os documentos pleiteados”.*

### Viúvo sem direito à herança pode permanecer no imóvel mesmo se inventário foi aberto antes do novo Código Civil

Direito civil. Sucessões. Direito real de habitação do cônjuge supérstite. Evolução legislativa. Situação jurídica mais vantajosa para o companheiro que para o cônjuge. Equiparação da união estável.

1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.

2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.

3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.

4.- Recurso Especial improvido.

(STJ - Rec. Especial n. 821.660/DF - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 17.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Desta forma dispõe o citado dispositivo constitucional: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”*

## IMOBILIÁRIO

### Certidão de propriedade dos vizinhos confrontantes não é obrigatória em usucapião

Processo civil - prescrição aquisitiva - configuração - requisitos do art. 942 do CPC preenchidos - juntada da certidão do cartório de imóveis de cada um dos confrontantes desnecessária - recurso especial provido. 1.- A usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, caracterizada, entre outros requisitos, pelo exercício incontestado e ininterrupto da posse, prevalece sobre o registro imobiliário, não obstante os atributos de obrigatoriedade e perpetuidade deste, em razão da inércia prolongada do proprietário em exercer os poderes decorrentes do domínio. 2.- A determinação do art. 942 do CPC, diz respeito à citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes, não se exigindo a juntada de certidão do Cartório de Registros de Imóveis relativamente a cada um dos confrontantes, até porque as confrontações, como parte da descrição do bem, incluem-se no registro do imóvel usucapiendo. 3.- Provido o recurso especial, com o afastamento do requisito da juntada de certidões imobiliárias atinentes aos confrontantes, não há como passar ao julgamento do mérito, pois a apelação devolveu ao conhecimento do Tribunal de origem matéria fática, envolvendo, inclusive, ação reivindicatória conexa e apensada, relativa à origem e qualidade da posse alegada pela prescribente, matéria essa que não foi apreciada pelo Acórdão recorrido, de modo que não pode, agora, ser enfrentada neste julgamento, visto que isso somente seria possível em se tratando de matéria exclusivamente de direito (CPC, art. 515, § 3º). 4.- Recurso Especial provido, com anulação do Acórdão e determinação de novo julgamento. (STJ - Rec. Especial n. 952.125/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 14.06.2011).

### Comprador imitado na posse responde pelas despesas de condomínio

Recurso especial - despesas condominiais - transferência da posse em virtude de contrato de promessa de compra e venda não registrado - promissário-comprador - imissão na posse, com o pleno conhecimento do condomínio - legitimidade passiva *ad causam* - registro - desinfluença - recurso especial provido. I - A teoria da jurisprudência desta a. Corte, a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário-comprador quanto sobre o promitente-vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto (ut EREsp nº 136.389/MG, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/99); II - Esclareça-se, entretanto, que, com tal assertiva, não se está a afirmar que a legitimação passiva *ad causam* da ação que objetiva o adimplemento das despesas condominiais ficará, em qualquer hipótese, ao alvedrio do autor da ação, que poderá optar, aleatoriamente, pelo promitente-vendedor ou pelo promissário-comprador, tal como entenderam as Instâncias ordinárias. Na verdade, revela-se necessário aferir com quem, efetivamente, restou estabelecida a relação jurídica material; III - Como é de sabença, as despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações *propter rem*, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem, ou, ainda, de titular de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo ou a fruição; IV - Não há, assim, qualquer relevância, para o efeito de se definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura, no registro, como proprietário, que, necessariamente, responderá por tais encargos; V - Para a correta definição do responsável pelos encargos condominiais, em caso de contrato de promessa de compra e venda, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte pro-

missário-comprador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta. Presentes tais circunstâncias, a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do bem imóvel; VI - Recurso Especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1.079.177/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Massami Uyeda - Fonte: DJe, 17.06.2011).

### Condomínio é responsável por furto em garagem estando presente culpa de preposto

Civil. Condomínio edilício. Reparação de danos decorrente de furto em garagem de condomínio. Obrigação de indenizar, não obstante ausência de cláusula convencional, porque presente culpa do preposto. Recurso conhecido e improvido. 1. Responde o condomínio por furto de veículos ou parte deles, guardados na garagem do condomínio, se a convenção condominial assim estipular e nos demais casos de responsabilidade civil aquiliana. 2. Conquanto a convenção de condomínio não estipule obrigação de indenizar danos decorrentes de furto de veículos ou parte deles, na circunstância dos autos, em que a pessoa apontada como autora do ilícito foi filmada pelo CFTV na garagem do prédio, em direção à saída da prumada, portando os objetos furtados, responde o condomínio porque dotado de serviço de portaria que exerce o controle de entrada e saída de pessoas, o que revela culpa do preposto na modalidade negligência. 3. Recurso conhecido e improvido. 4. Custas e honorários pelo recorrente, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. (TJ/DF - Ap. Cível n. 20090111307592 - 2a. T. Rec. - Ac. por maioria - Rel.: Juiz Asiel Henrique - Fonte: DJ, 11.07.2011).

### É assegurada ao locador a desistência da alienação de seu imóvel para locatário

Direito civil. Locação. Ação de despejo por denúncia vazia. Existência de proposta de venda do imóvel locado. Aceita-

ção do locatário. Discussão em torno das questões relacionadas à desistência do negócio pelo locador. Impossibilidade. 1. A partir do momento em que o locatário manifesta, dentro do prazo legal, a sua aceitação à proposta, a confiança gerada acerca da celebração do contrato pode ser ofendida pelo locador de duas formas: (i) o locador pode desistir de vender o seu imóvel, aplicando-se o disposto no art. 29 da Lei 8.245/91; (ii) o locador pode preterir o locatário e realizar o negócio com terceiro, hipótese em que incide a regra do art. 33 da Lei 8.245/91 - que confere ao locatário, cumprida as exigências legais, a faculdade de adjudicar a coisa vendida. 2. Aceita a proposta pelo inquilino, o locador não está obrigado a vender a coisa ao locatário, mas a desistência do negócio o sujeita a reparar os danos sofridos, consoante a diretriz do art. 29 da Lei 8.245/91. 3. A discussão acerca da má-fé do locador - que desistiu de celebrar o negócio - não inviabiliza a tutela do direito buscado pelo locador por meio da ação de despejo, porque a Lei 8.245/91 não conferiu ao locatário o poder de compelir o locador a realizar a venda do imóvel, cabendo-lhe somente o ressarcimento das perdas e danos resultantes da conduta do locador. 4. Recurso especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.193.992/MG - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 13.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Transcrevemos passagem do voto proferido pela relatora: “A discussão acerca da má-fé do locador - que desistiu de celebrar o negócio - não inviabiliza a tutela do direito buscado pelo locador por meio da ação de despejo, pois a Lei 8.245/91 não conferiu ao locatário o poder de compelir o locador a realizar a venda do imóvel, cabendo-lhe somente o ressarcimento das perdas e danos resultantes da conduta do locador. Por essa razão, é irrelevante, para a defesa do réu da ação de despejo, a questão do arrependimento do locador em realizar o negócio, porque ela somente terá importância para a obtenção da tutela ressarcitória pelo*

*locatário. A essas considerações cabe ainda ressaltar que, na hipótese, eventual direito à adjudicação compulsória em virtude de posterior alienação do imóvel - efetuada com violação do direito de preferência e do princípio da boa-fé objetiva - deve ser discutido em ação própria.”*

### É descabida a denúncia à lide do locatário em ação de cobrança de cota condominial

Apelação cível. Ação de cobrança de cotas condominiais. Obrigação *propter rem*. Responsabilidade do proprietário perante o condomínio e não do inquilino, descabida a denúncia à lide. Os valores serão atualizados com juros fixados na sentença e correção monetária pelo IGP-M, por ser o que melhor reflete a inflação, utilizado nos cálculos judiciais. Apelação parcialmente provida. Unânime.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70042387613 - Porto Alegre - 20a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Rubem Duarte - Fonte: DJ, 13.07.2011).

### Isenção de proprietário de loja térrea quanto às despesas relacionadas aos elevadores e escadas rolantes é legal se prevista na convenção de condomínio

Direito civil - pretensão de cobrança - taxas condominiais - responsabilidade do proprietário do imóvel - obrigação *propter rem* - convenção de condomínio - rateio de despesas - isenção parcial - legalidade. Responde pelas taxas devidas ao CONDOMÍNIO o proprietário do imóvel que daquele faz parte, sendo tal obrigação *propter rem*. Cada condômino concorre para as despesas do condomínio, na proporção da fração ideal de sua propriedade, a menos que seja de outra maneira acordado em convenção de condomínio. Inteligência do artigo 1.336, inciso I do Código Civil de 2002. A isenção dos proprietários de lojas localizadas no térreo quanto às despesas relacionadas à conservação de elevadores e escadas rolantes é legal quando prevista em convenção de condomínio. Excluídas despesas condominiais conforme isenção

em convenção de condomínio.

(TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.04.310399-3/001 - Belo Horizonte - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Fernando Caldeira Brant - Fonte: DJ, 08.07.2011).

### Responsabilidade do arrematante pelas cotas condominiais se inicia somente na data da expedição da carta de arrematação

Apelação cível. Condomínio. Ação de cobrança de cotas condominiais. Arrematação judicial. Cotas condominiais anteriores à arrematação vencidas e impagas. Responsabilidade do arrematante que se inicia somente na data da expedição da carta de arrematação. Hipótese em que as parcelas anteriores são de responsabilidade do arrematado. Deram parcial provimento. Maioria.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70042844191 - Porto Alegre - 18a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel. p/ acórdão: Des. Pedro Celso Dal Pra - Fonte: DJ, 04.07.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Em sentido oposto tem-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “I - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o arrematante de imóvel em condomínio é responsável pelo pagamento das despesas condominiais vencidas, ainda que estas sejam anteriores à arrematação.” (REsp 1044890/RS - 3a. T. - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe 18.06.2010)*

## PROCESSO CIVIL

### Cooperativa não pode acionar em nome próprio direito de cooperados

Cooperativa e direito processual civil. Recurso especial. Apreciação de matéria constitucional. Impossibilidade. Assistência jurídica. Disponibilização pela cooperativa. Possibilidade. Substituição processual sem previsão legal. Inviabilidade. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se

evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. O artigo 4º, X, da Lei 5.764/71 dispõe que as cooperativas são sociedades de pessoas, tendo por característica a prestação de assistência aos associados. Nessa linha, é possível que a cooperativa propicie a prestação de assistência jurídica aos seus cooperados, providência que em nada extrapola os objetivos das sociedades cooperativas. 3. Contudo, à mingua de expressa previsão legal, a Cooperativa não pode litigar em juízo, em nome próprio, defendendo alegado direito dos cooperativados. O artigo 83 da Lei 5.764/71, mesmo em interpretação sistemática com os demais dispositivos do referido diploma legal, não permite inferir que a Lei tenha previsto a substituição processual para esse fim. 4. Recurso especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 901.782/RS - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 01.07.2011).

### É lícito ao credor recusar substituição de bem penhorado por outro de difícil alienação

Processual civil e tributário. Execução fiscal. Bem imóvel localizado em outra comarca oferecido em substituição à penhora. Recusa do exequente. Possibilidade. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência dominante desta corte superior. 1. O Tribunal de origem rejeitou a pretensão de substituição do bem penhorado ao fundamento de que, na forma do preceituado no artigo 15, inciso I, da Lei n. 6.830/80, é correto concluir que em qualquer fase do processo poderá o executado obter a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária. Fora dessas hipóteses, a substituição submetete-se à concordância do credor. Tal conclusão encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte Superior, razão por que incide no caso *sub judice* a Súmula n. 83/STJ. 2. Precedentes: REsp 1239090/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.4.2011; AgRg no Ag 1378227/RS, Rel. Min. Castro Meira,

Segunda Turma, DJe 14.4.2011; AgRg no Ag 1354656/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15.3.2011; e AgRg no REsp 1117321/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.9.2009. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Ag. de Instrumento n. 1.380.918/PR - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJe, 24.06.2011).

### Em penhora, é dispensável citar todas as empresas se há confusão patrimonial entre elas

Civil e processual civil. Recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Cabimento. Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Divisão meramente formal. Citação das demais empresas. Dispensa. Reconhecimento de que, na prática, se tratava do mesmo organismo empresarial. 1. A alegação de ofensa ao art. 535 do CPC deve ser afastada, porquanto deduzida de forma genérica no recurso, sem a indicação dos pontos acerca dos quais deveria o acórdão ter-se manifestado. No particular, incide a Súmula n. 284/STF. 2. A tese de que os executados não foram intimados a falar sobre os documentos que deram ensejo à constrição patrimonial não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 211/STJ. 3. A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas. Precedentes. 4. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimo-

nial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência. 5. Ademais, o recurso foi interposto exatamente pelos devedores que foram citados no processo de execução, circunstância que também afasta a pretensão recursal. 6. Não obstante a controvérsia tenha se instalado anteriormente à Lei n. 11.382/2006, é evidente a frustração da execução do crédito em razão da ineficácia de outros meios de constrição patrimonial, de modo que é cabível a penhora *on line* sobre os ativos financeiros do devedor. 7. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 907.915/SP - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 27.06.2011).

### Há perda de objeto da medida cautelar face ao julgamento improcedente da ação principal

Processual Civil. Medida cautelar. Ação rescisória julgada improcedente. Trânsito em julgado. Perda do objeto da cautelar. I. A Medida Cautelar, acessória à ação principal que foi julgada improcedente, inclusive com trânsito em julgado do acórdão, perde seu objeto, pelo que deve ser julgada extinta (art. 267, VI e 808, III, do CPC). II. Medida cautelar extinta sem resolução do mérito.

(TRF - 1a. Reg. - Medida Cautelar n. 1997.01.00.010627-0/MG - 1a. S. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Federal Neuza Alves - Fonte: e-DJF1, 07.07.2011).

### Informação veiculada em site de tribunal tem valor oficial

Recurso especial. Processual civil. Informações processuais disponibilizadas na página oficial dos tribunais. Confiabilidade. Justa causa. Art. 183, § 2º, do CPC. Preservação da boa-fé e da confiança do advogado. Princípios da eficiência e da celeridade processual. Informação considerada oficial, após o advento da Lei nº 11.419/06. 1. O equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura

justa causa, nos termos do art. 183, § 2º, do CPC, a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte. 2. A confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem como à observância dos princípios da eficiência da Administração e da celeridade processual. 3. Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei nº 11.419/06, são consideradas oficiais. Precedente específico desta Corte (REsp nº 1.186.276/RS). 4. Recurso especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 960.280/RS - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino - Fonte: DJe, 14.06.2011).

### Não cabe reclamação contra decisão individual de relator de processo em turma recursal

Processo civil. Agravo na reclamação. Acórdão de turma recursal. Cabimento. - O art. 1º da Resolução 12, de 14 de dezembro de 2009, prevê que a reclamação por ela regulamentada destina-se a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte. - Agravo na reclamação não conhecido.

(STJ - Ag. Regimental na Reclamação n. 5.598 /TO - 2a. S. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 01.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Transcrevemos fundamentos dispostos no voto da douta relatora: “Essa Resolução dispõe, em seu art. 1º, que referida reclamação destina-se a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte. Nesse contexto, é imperioso reconhecer o não cabimento da presente reclamação, porquanto proposta em face de decisão unipessoal de Relator, não guardando o precedente citado pelo agravante qualquer pertinência quanto à hipótese dos autos, pois aquele não trata de processo em que se faz necessário o esgotamento de instâncias ordinárias como no presente.”*

### Penhora on line, desde 2006, dispensa outros meios para localizar bens do devedor

Recurso especial - Negativa de prestação jurisdicional - Não ocorrência - Execução por quantia certa - Penhora on line - Sistema Bacen-Jud - Pedido realizado após vigência da Lei n. 11.382/2006 - Exaurimento das diligências para a localização de bens passíveis de penhora - Desnecessidade - Escólio jurisprudencial - Recurso especial provido. I - Não há omissão no aresto *a quo*, no qual analisou as matérias que, na sua compreensão, foram relevantes para solução da controvérsia. II - Com a edição da Lei n. 11.382/06, responsável pela inserção do art. 655-A, no Código de Processo Civil, conferiu-se ao Poder Judiciário mecanismo compatível com a modernidade tecnológica, notadamente, a Internet, por meio da qual se determina, por meio do denominado sistema BACEN-JUD, a ordem de bloqueio de contas ou investimentos dos devedores. III - Contudo, para melhor aplicação do novel diploma legal, a jurisprudência desta Corte Superior estabeleceu dois entendimentos, tendo como norte a vigência da Lei nº 11.382/2006. Nesse contexto, se o pedido de penhora *on line* for requerido antes da vigência da Lei nº 11.382/2006, entende-se que tal medida é cabível apenas quando o exequente comprovar que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Todavia, se o pedido de penhora *on line* for realizado após a vigência da supracitada lei, a orientação assente é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. Na espécie, o pedido de penhora *on line* realizou-se na vigência do novo diploma legal. IV - Recurso especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.159.807/ES - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Massami Uyeda - Fonte: DJe, 29.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Esta é a redação do art. 655-A/CPC: “Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a*

*requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.”*

## PENAL E PROCESSO PENAL

### A ausência do réu, citado por edital, não é causa suficiente para a decretação da prisão cautelar

*Habeas corpus.* Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Citação por edital. Revelia. Prisão preventiva. Fuga. Presunção. Fundamentação. Ausência. Ordem concedida. 1. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que a ausência do réu, citado por edital, não é causa suficiente para a decretação da prisão cautelar, se não há evidência de fuga, bem como que o desaparecimento do réu do distrito da culpa não leva à presunção de que pretenda ele furtar-se à aplicação da lei. 2. A prisão cautelar deve ser decretada tão somente nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, mediante decisão fundamentada e apoiada em elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida. 3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente na ação penal de que se cuida, expedindo-se contramandado de prisão, sem prejuízo, contudo, de que nova custódia cautelar seja decretada, desde que com fundamentação idônea.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 156.922/MG - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Haroldo Rodrigues (Des. conv. do TJ/CE) - Fonte: DJe, 28.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Cita-se jurisprudência anterior do STJ que confirma este entendimento: “1. A ausência do réu, citado por edital, não é causa suficiente para se decretar a prisão preventiva, se não há evidência de*

*fuga. Precedentes. 2. O desaparecimento do agente do distrito da culpa não leva, necessariamente, à presunção de que pretenda ele furtar-se à aplicação da lei. Precedentes.” ((AgRg no HC 156.081/DF - Rel.: Min. Celso Limongi (Des. conv. do TJ/SP) - Fonte: DJe, 06.12.2010)*

### Absolvição sumária ou arquivamento de inquéritos em andamento não autorizam a revogação da suspensão condicional do processo

*Habeas corpus.* Suspensão condicional do processo. Benefício revogado em razão da notícia de que pesa contra o paciente inquéritos policiais. Superveniência de arquivamento dos inquéritos. Restabelecimento do sursis. Extinção da punibilidade do paciente. Concedida a ordem. 1. Suspensão condicional do processo. Absolvição Sumária ou arquivamento dos inquéritos em andamento. Inviabilidade da revogação do benefício. § 3º do art. 89 da Lei nº 9.099/95. No caso de não poder se concluir esteja o paciente sendo “processados por outro crime”, não se autoriza a revogação do sursis processual, ferindo os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da boa-fé processual (STJ, HC n. 201000276110, Rel. Min. Og Fernandes, j. 22.06.10) 2. O art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/95 dispõe que haverá a revogação do benefício em caso do beneficiário vir a ser processado por outro crime, fato não ocorrido no presente caso. 3. Ordem concedida. Extinção da punibilidade do paciente.

(TRF - 3a. Reg. - *Habeas Corpus* n.

2011.03.00.014392-0/SP - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Federal Louise Filgueiras (conv.) - Fonte: DJF3, 12.07.2011).

### Comprovada a incapacidade econômica do preso, não há como ser condicionada a liberdade ao pagamento de fiança

*Habeas corpus* - furto simples - pedido de liberdade provisória independentemente do pagamento de fiança. Liberdade provisória concedida mediante o paga-

mento de fiança, arbitrada a caução em R\$ 500,00. Paciente não possui condições financeiras para arcar com o pagamento da fiança, estando, sob o patrocínio da Defensoria Pública, presumindo-se assim sua hipossuficiência. Comprovada a incapacidade econômica do Paciente não há como ser condicionada a liberdade ao pagamento de fiança, o que, por via transversa, significa negar o benefício. Pelo exposto, voto no sentido de conceder a ordem, ratificando os termos da medida liminar.

(TJ/RJ - *Habeas Corpus* n. 0021137-

53.2011.8.19.0000 - Rio de Janeiro - 8a. Câm.

Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior - Fonte: DJERJ, 07.06.2011).

### Conclusão do processo não afasta crime de ameaça a testemunha

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Coação no curso do processo. Conduta narrada na denúncia que se amolda à previsão do art. 344 do Código Penal. Ameaça proferida quando ainda em curso o processo anterior. Delito formal. Trancamento. Impossibilidade. Recurso improvido. 1. Não há ilegalidade a ser reconhecida se a conduta descrita na inicial acusatória subsume-se àquela prevista no art. 344 do Código Penal. Narra a peça ministerial que o paciente teria telefonado para a ex-mulher, vítima em processo criminal a que ele respondia por tentativa de homicídio, e a ameaçado de morte, “caso continuasse com o processo”. Tal narrativa corresponde ao delito de coação no curso do processo. 2. Não merece prosperar a tese de falta de justa causa, porque o recorrente já havia sido sentenciado na outra ação penal, se o acórdão deixa certo que “o delito se consumou no momento da ameaça, quando ainda em curso o feito”. O que deve ser avaliado é o momento em que foi proferida a ameaça. 3. Tratando-se de delito formal, não se exige a produção de resultado, consumando-se o crime no momento da ameaça à vítima do outro processo, ainda que ela leve o fato ao conhecimento das autoridades competentes. 4. O trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, somente se justifi-

cando se demonstrada, inequivocamente, a absoluta falta de provas, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade, inócidentes da espécie. 5. Recurso improvido.

(STJ - Rec. em *Habeas Corpus* n. 23.415/SP - 6a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura - Fonte: DJe, 01.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Eis a referida capitulação do art. 344/CP: “Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”*

### Denúncia que não apresenta elemento de prova capaz de embasar os fatos ali narrados torna temerária a instauração de ação penal

Criminal. HC. Concussão. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inexistência de elementos probatórios mínimos que justifiquem a instauração de ação penal. Ausência de justa causa. Ordem concedida. I. Hipótese em que a inicial atribuiu aos pacientes a prática, em tese, do crime de concussão, tendo sido a denúncia recebida somente em sede de recurso em sentido estrito. II. Em que pese a inicial apontar fato, em tese, típico, é indispensável que venha acompanhada de elementos indiciários mínimos a justificar a instauração da ação penal. Precedentes. III. Exordial acusatória que não apresenta nenhum elemento de prova capaz de embasar minimamente os fatos ali narrados, revelando-se temerária a instauração de ação penal para se verificar, somente em juízo, a idoneidade das imputações feitas aos pacientes. IV. Ausência de justa causa reconhecida, determinando-se o trancamento da ação penal ajuizada em desfavor dos pacientes. V. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 143.494/SP - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Gilson Dipp - Fonte: DJe, 27.05.2011).

### Investigado ouvido equivocadamente como testemunha não comete crime de falso testemunho

*Habeas Corpus*. 2. Falso testemunho (CPM, art. 346). 3. Negativa em responder às perguntas formuladas. Paciente que, embora rotulado de testemunha, em verdade encontrava-se na condição de investigado. 4. Direito constitucional ao silêncio. Atipicidade da conduta. 5. Ordem concedida para trancar a ação penal ante patente falta de justa causa para prosseguimento.

(STF - *Habeas Corpus* n. 106876/RN - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Gilmar Mendes - Fonte: DJe, 01.07.2011).

### O crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é considerado hediondo ou equiparado

*Habeas corpus*. Penal. Associação para o tráfico de drogas. Art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Crime não considerado hediondo ou equiparado. Inaplicabilidade do disposto no § 2º, inciso II da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Precedentes. Ordem concedida. 1. O crime de associação para o tráfico de entorpecentes não é considerado hediondo ou equiparado, portanto, inaplicável a obrigatoriedade de cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para obter o requisito objetivo para a progressão de regime prisional, nos termos da nova redação da Lei dos Crimes Hediondos, dada pela Lei nº 11.464/07. 2. *Habeas corpus* concedido determinar que o MM. Juízo das Execuções prosiga na análise dos demais requisitos necessários à progressão de regime do Paciente.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 201.760/SP - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Laurita Vaz - Fonte: DJe, 28.06.2011).

## TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

### Dispensa de professor no início das férias enseja recebimento de salário referente ao período de recesso

Recurso de revista. Professor. Salário relativo ao período de férias escolares cumulado com aviso prévio. Nos termos da Súmula 10/TST: -É assegurado aos professores o pagamento dos salários no período de férias escolares. Se despedido sem justa causa ao terminar o ano letivo ou no curso dessas férias, faz jus aos referidos salários-. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 44640-87.2006.5.01.0014 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Godinho Delgado - Fonte: DEJT, 01.07.2011).

### Empregado que recolhe envelope de caixa-rápido, conferindo o numerário depositado, deve ser enquadrado como bancário

Recurso de revista. Terceirização ilícita. Atividade fim. Enquadramento do reclamante como bancário. Súmula nº 331, I, do TST. 1. O Colegiado Regional assinalou que o reclamante executava as atribuições de abertura e conferência de numerários depositados nos envelopes de -caixa-rápido-, pastas e malotes, e seu processamento. Concluiu, contudo, que tais atividades não se identificam com as estritamente bancárias. 2. É certo que as atribuições, terceirizadas pelo Banco reclamado, são afetas às desempenhadas pelos bancários, por restarem relacionadas à própria atividade-fim dos Bancos, nos moldes do art. 17, -*caput*- e parágrafo único, da Lei nº 4.595/64. 3. Assim, tem incidência à hipótese a Súmula nº 331, I, do TST, no sentido de que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente

com o tomador dos serviços. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - Rec. de Revista n. 55500-61.2009.5.03.0023 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Waldir Oliveira da Costa - Fonte: DEJT, 27.05.2011).

### Empregado que tem salário retido dolosamente sofre dano moral indenizável

Dano moral. Retenção dolosa de salários. O empregado que tem seus salários dolosamente retidos pelo empregador, ficando impedido com isso de adquirir os bens necessários à sua sobrevivência sofre dano moral indenizável. Se a inserção indevida do nome em órgão de proteção do crédito impede aquisições a prazo, o não pagamento de salários impede aquisições a vista, impondo-se a indenização por dano moral, mormente em reconhecido o caráter doloso da retenção.

(TRT - 12a. Reg. - Rec. Ordinário n. 0000751-69.2010.5.12.0036 - 3a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Juiz José Ernesto Manzi - Fonte: TRT-SC/DOE, 11.07.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Apresentamos a seguinte lição, extraído do voto do relator: "A recorrida poderia ter evitado o dano, não o fazendo em razão do descaso que se não possui, ao menos demonstrou no episódio, no que se refere à dignidade do trabalhador e o fazendo retirou do autor o sono, o meio de sustento, o crédito e a honra, não podendo passar impune a tamanha irresponsabilidade. Sendo assim, reconheço a existência de dano moral a ser indenizado. Passo a arbitrar a indenização."*

### Empresa inadimplente com plano de saúde tem que pagar dano moral a empregado

Recurso de revista - indenização por dano moral. A Corte Regional, com base nas provas documentais, dentre as quais exames clínicos, e testemunhais, relatou que o marido da Autora era portador de enfermidade grave (neoplasia intra-epitelial pros-tática), exigindo intervenção cirúrgica de



urgência. A Reclamada, apesar de efetuar mensalmente o desconto no contracheque da Reclamante com finalidade de manter o plano de saúde, encontrava-se inadimplente, o que afastou a cobertura do seguro de saúde e impediu que a Empregada realizasse a cirurgia do seu esposo. Diante dessas circunstâncias, arbitrou a indenização por dano moral em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). A constatação da presença dos elementos caracterizadores do dano apto a ensejar indenização foi aferida com base no conjunto fático-probatório dos autos, e não na distribuição do ônus da prova, de sorte que eventual modificação do julgado, no ponto, esbarra no óbice da Súmula n.º 126. Recurso não conhecido.

(TST - Rec. de Revista n. 142500-12.2008.5.04.0022 - 8a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Carlos Alberto Reis de Paula - Fonte: DEJT, 27.06.2011).

### Empresa sem empregado é isenta do pagamento de contribuição sindical

Contribuição sindical patronal. Não-recolhimento. Empresa que não tem empregados nos seus quadros. Aplicação da disposição contida no inciso III do artigo 580 da CLT. Ao concluir não ser devida a contribuição sindical porque as reclamadas não dispunham de empregados em seus quadros, o Regional nada mais fez do que observar os próprios ditames do artigo 580, inciso III, da CLT. Decisão regional em consonância com a atual, notória e reiterada jurisprudência desta Corte. Incidência da orientação expressa na Súmula 333 e do disposto no § 4º do art. 896 da CLT.

(TST - Rec. de Revista n. 54-07.2010.5.09.0012 - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Emmanoel Pereira - Fonte: DEJT, 24.06.2011).

### Impedir empregado de retornar ao trabalho após alta médica caracteriza dano moral

Indenização por danos morais. A reclamada agiu abusivamente ao impedir o retorno do reclamante ao trabalho após a alta médica, caracterizando-se tal procedimento como ato ilícito, que enseja a reparação

pretendida. A configuração do dano moral na hipótese é inequívoca, como consequência da condição imposta ao autor de permanecer ocioso sem exercer as suas atividades, sendo patentes o constrangimento e a angústia sofridos pelo reclamante.

(TRT - 3a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01064-2010-098-03-00 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Luiz Ronan Neves Koury - Fonte: DEJT, 22.06.2011).

### Indenização por dano moral, objeto de acordo trabalhista, não sofre incidência de imposto de renda

Recurso de revista. Indenização por dano moral. Incidência de imposto de renda. Destinada à recomposição do patrimônio jurídico, a indenização por dano moral não favorece aumento patrimonial e não equivale a rendimento, recusando a incidência de imposto de renda. Recurso de revista conhecido e desprovido.

(TST - Rec. de Revista n. 119685-26.2007.5.10.0010 - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira - Fonte: DEJT, 01.07.2011).

### Restrição ao uso de banheiro, condicionado à autorização prévia do empregador, por si só, não configura dano moral

Restrição ao uso de banheiros. Dano moral. O cerne da controvérsia é saber se o condicionamento/limitação do uso de banheiros durante a jornada de trabalho à autorização prévia do empregador configura dano moral. Ocorre que na presente hipótese, não restou comprovada a ocorrência do referido fato potencialmente lesivo à psique do reclamante. Ademais, não há como se verificar a qual controle o reclamante já que do acórdão regional consta somente que: -os fatos relatados pela reclamante, por si só, não lhe ofendem à dignidade, porquanto a reclamada, utilizando-se de seu poder diretivo, pode controlar o tempo que seus empregados passam fora do posto de serviço, sem que isso caracterize qualquer irregularidade e, tampouco, abuso de poder passível de reparação-. Neste sentido, não há falar em ocorrência do dano moral.

(TST - Rec. de Revista n. 1400-15.2008.5.18.0011 - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Caputo Bastos - Fonte: DEJT, 24.06.2011).

### Sistema de rastreamento via satélite não possui função de controle de jornada

Horas extras indevidas. Rastreador. Ausência de controle de jornada. O sistema de rastreamento via satélite possui a função de trazer mais segurança às mercadorias transportadas, ao veículo e ao próprio motorista, possibilitando à empresa apurar prematuramente qualquer desvio de rota, não possuindo especificamente a função de controlar a jornada laboral desenvolvida pelo obreiro. Se o Reclamante não logrou, por outro meio de prova, comprovar o controle de jornada pelo Reclamado, prevalece a tese defensiva, de que não estava sujeito a cumprimento de horário, mormente quando referida condição está devidamente prevista nos instrumentos coletivos. Recurso do Reclamante a que se nega provimento, no particular.

(TRT - 9a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01496-2009-002-09-00-9 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Ubirajara Carlos Mendes - Fonte: DEJT, 22.07.2011).

### União é isenta de responsabilidade subsidiária por empregado terceirizado

I - Agravo de instrumento. União (PGU). Responsabilidade subsidiária. Não configuração. Hipótese em que não consta da decisão regional o registro da existência ou não de culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*. Decisão regional que parece violar o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003, convertê-lo em recurso de revista, determinando a reatuação do processo e o regular processamento do recurso de revista, no efeito devolutivo. II - Recurso de revista. União. Responsabilidade subsidiária. Não configuração. Hipótese em que não consta da decisão regional o registro da existência ou não de culpa *in vigilando* e/ou *in eligendo*. Preconiza-se no item V da Súmula

nº 331 desta Corte: -Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. Ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 configurada. Recurso de revista a que se dá provimento.

(TST - Rec. de Revista n. 1777-70.2010.5.10.0000 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Milton de Moura França - Fonte: DEJT, 01.07.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 assim dispõe: "A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis"*

## ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

### É vedado ao Ibama se recusar a prestar serviços administrativos em razão da existência de débito perante órgão

Administrativo. Mandado de segurança. Recusa do Ibama em fornecer documento de origem florestal (DOF), em virtude da existência de débitos perante a autarquia. Meio coercitivo para obter pagamento de multa. Ilegalidade. I. Não encontra amparo legal a recusa do Ibama em prestar serviços administrativos, em razão da existência de débitos perante o órgão ambiental. II. É vedado à Administração valer-se de meio coercitivo para obter o adimplemen-

to de obrigação, tendo presente que o ordenamento jurídico confere ao credor vias próprias para cobrança de seus créditos. Aplicação, por analogia, das Súmulas 70, 323 e 547, do Supremo Tribunal Federal. III. Apelação do Ibama e remessa oficial desprovidas.

(TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 2006.39.01.001052-6/PA - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus - Fonte: e-DJF1, 01.07.2011).

### É vintenário o prazo prescricional para a desapropriação indireta

Administrativo e processual civil. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Desapropriação indireta. Prescrição. Súmula 119/STJ. 1. No tocante à análise da violação do disposto no artigo 535, II, do CPC, o recurso especial não deve ser conhecido, porquanto as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros ou sobre os quais tenha ocorrido erro material. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 2. Quanto ao mérito da questão prescricional, tratando-se de desapropriação indireta, o prazo prescricional é vintenário, nos termos da Súmula 119/STJ: "A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos". Portanto, correto o entendimento do Tribunal de origem. 3. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 977.666/SP - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJe, 14.06.2011).

### Estudante da área de saúde dispensado por excesso de contingente até 26 de outubro de 2010 não está sujeito à prestação do serviço militar obrigatório após o término do curso

Administrativo. Serviço militar obrigatório. Dispensa por excesso de contingente. Estudante. Área de saúde. Obrigatoriedade restrita àqueles que obtêm adiamento de incorporação. Art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967. 1. Os estudantes de Medici-

na, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão-somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967. 2. A jurisprudência do STJ se firmou com base na interpretação da Lei 5.292/1967. As alterações trazidas pela Lei 12.336 não se aplicam ao caso em tela, pois passaram a vigor somente a partir de 26 de outubro de 2010. 3. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.

(STJ - Rec. Especial n. 1.186.513/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Herman Benjamin - Fonte: DJe, 29.04.2011).

### Inexiste direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos se a remuneração do servidor ou pensão ultrapassa o teto remuneratório

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processual civil. Órgão julgador com formação majoritária de juizes convocados. Nulidade. Não caracterização. Administrativo. Servidor público estadual. Teto remuneratório. Emenda Constitucional n. 41/2003. Auto-aplicabilidade. Precedentes. Ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. Direito adquirido. Inexistência. Vantagem pessoal. Inclusão. 1. Inexiste direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos, se a remuneração do Servidor ou pensão ultrapassa o teto remuneratório, implementado em conformidade com a regra contida na EC 41/03, corroborado pelo art. 17 do ADCT, em consonância com a Constituição Federal. 2. As vantagens pessoais passaram a integrar o montante da remuneração para os fins do cálculo do teto constitucional, conforme o art. 8º da EC 41/03. 3. Recurso ordinário não provido.

(STJ - Rec. em Mandado de Segurança n. 31.803/AM - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJe, 31.05.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Citamos lição extraída do voto do relator: "Da mesma forma, ficou claramente estabelecido que, após a aludida emenda constitucional, as vantagens remuneratórias de qualquer natureza, devem ser incluídas no cálculo do teto remuneratório. E diante da expressa disposição constitucional, não há, portanto, como acolher o argumento de que a parcela denominada Prêmio Anual de Produtividade Fazendária seria exceção ao teto do serviço público, ainda que corresponda, conforme indica a parte recorrente, a parcela anual, contingencial, aleatória e compensatória."*

### Não é possível nova inscrição nem cancelamento do CPF pela utilização indevida do número de inscrição por terceiro

Cancelamento de CPF. Nova inscrição. Ausência de previsão legal. Instrução normativa da SRF n. 864/08. Legalidade do ato. 1. O Cadastro de Pessoa Física, instituído pela Lei n. 4.862/65, em seu artigo 11, encontra regulamentação na Instrução Normativa n. 864/08 da Secretaria da Receita Federal, que repetiu as disposições da IN nº 461/04, segundo a qual é vedada a concessão de uma segunda inscrição da pessoa física no Cadastro de Pessoa Física, somente se podendo cogitar de cancelamento da inscrição originária nos casos taxativamente ali previstos. 2. A Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, inserido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual a ela somente é permitido fazer aquilo que a lei expressamente determina. 3. Utilização indevida de número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas por terceiro não prevista dentre as hipóteses que autorizam o cancelamento da inscrição no citado cadastro. 4. Apelação que se nega provimento.

(TRF - 3a. Reg. - Ap. Cível n. 0026544-68.2002.4.03.6100/SP - Turma D - Ac. por maioria - Rel.: Juiz Federal Rubens Calixto - conv. - Fonte: DJF3, 13.07.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *No mesmo sentido: "- O cancelamento da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas somente é autorizado, a pedido, quando constatada a multiplicidade de inscrições ou em caso de óbito; e de ofício, quando atribuído mais de um número de inscrição, em caso de óbito informado por terceiro, havendo decisão administrativa ou por determinação judicial.- Pedido que não pode ser atendido porque a espécie versa sobre furto de documento, hipótese não contemplada no elenco supramencionado" (TRF/4a. Reg. - Ap. Cível n. 200270000713787/PR - 4a. T. - Rel.: Valdemar Capeletti - Fonte: DJU, 13.07.2005).*

### Reintegração no cargo é pessoal, mas anulação de demissão tem reflexo para herdeiro

Processual civil e administrativo. Servidor. Falecimento no curso do processo. Nulidade de sindicância. Interesse dos herdeiros. 1. Determina o art. 43 do CPC que "ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores". 2. Proposta pelo servidor público ação que busca a nulidade de sua demissão e ocorrendo o falecimento do requerente, os herdeiros podem prosseguir no feito pois, não obstante a reintegração no cargo público ser ato personalíssimo, os efeitos jurídicos da nulidade da demissão refletem na esfera jurídica de seus dependentes, por exemplo, com relação à obtenção do benefício de pensão por morte. 3. A viúva do servidor tem legitimidade para apelar da sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, em razão da morte do servidor público, na qualidade de terceira interessada, ainda que os demais herdeiros não tenham recorrido, pois há nexos de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, conforme dispõe o art. 499 do CPC. Recurso especial improvido. (STJ - Rec. Especial n. 1.239.267/PE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 29.06.2011).

### Sanções da Lei de Improbidade não se aplicam em casos de mera irregularidade administrativa

Administrativo. Improbidade administrativa. Acumulação de cargos públicos. Ausência de dolo ou má-fé. Prestação efetiva de serviço público. Modicidade da contra-prestação paga ao profissional contratado. Inexistência de desvio ético ou de inabilitação moral para o exercício do *munus* público. Configuração de mera irregularidade administrativa. 1. "A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento." (Nesse sentido: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.) 2. Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contra-prestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do *munus* público. (Precedente: REsp 996.791/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 27.4.2011.) Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1.245.622/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 24.06.2011).

## TRIBUTÁRIO

É inadequada a inclusão em código genérico de produto que possui enquadramento específico na Tabela do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI

Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Ração para animais. Tipi. Enquadramento. 1. Os produtos industrializados pela impetrante - alimentos para cães e gatos, acondicionados para venda a retalho - têm enquadramento próprio e específico na Tabela do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI (Código 2309.10.00), razão pela qual é inadequada a sua inclusão em código genérico, de caráter residual. 2. Recurso improvido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.087.925/PR - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Teori Albino Zavascki - Fonte: DJe, 30.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Citamos breve trecho do voto lavrado pelo relator: “Entendo que a tabela de incidência do IPI, ao estabelecer um item específico aos alimentos para cães e gatos e ao dirigir-lhe uma alíquota de 10%, o fez em razão da dispensabilidade do produto. Ora, o sustento de tais animais domésticos de estimação reserva-se, em geral, ao mero deleite de seus donos. Além disso, quem os mantém possui, presumivelmente, razoáveis condições financeiras, distintas da maior parte da coletividade, haja vista que podem dedicar parcela de sua renda para a compra de uma alimentação diferenciada para seus animais, não se utilizando de formas mais comuns de suprimento alimentar. Tal circunstância inevitavelmente reflete na possibilidade de tal parcela populacional - que, ao fim, é quem suporta o encargo financeiro da exação, na condição de contribuinte de fato - arcar com maior ônus tributário.”*

### Existência de pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária em execução fiscal

Processual civil. Tributário. ISS. Execução fiscal. Pessoas jurídicas que pertencem ao mesmo grupo econômico. Circunstância que, por si só, não ense-

ja solidariedade passiva. 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que decidiu pela incidência do ISS no arrendamento mercantil e pela ilegitimidade do Banco Mercantil do Brasil S/A para figurar no pólo passivo da demanda. 2. A Primeira Seção/STJ pacificou entendimento no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN. Precedentes: EREsp 859616/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/02/2011, DJe 18/02/2011; EREsp 834044/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010). 3. O que a recorrente pretende com a tese de ofensa ao art. 124 do CTN - legitimidade do Banco para integrar a lide -, é, na verdade, rever a premissa fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça por sua Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 1.392.703/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell Marques - Fonte: DJe, 14.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Eis a redação do art. 124/CTN: “Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei.”*

### ICMS e ISS devem ser excluídos da base de cálculo da Cofins

Tributário. PIS e COFINS. Não inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da contribuição. 1. O agravo retido nos autos não merece conhecimento, posto que não

reiterado (artigo 523, § 1º, do CPC). 2. O ICMS e, por idênticos motivos, o ISS não devem ser incluídos na base de cálculo da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário nº 240.785-2. 3. No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, a sessão foi suspensa em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF n. 437, de 24/8/2006). 4. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS e, por iguais motivos, o ISS, devem ser excluídos da base de cálculo da COFINS. 5. A impetrante tem direito, na espécie, a compensar os valores indevidamente recolhidos. No entanto, ela não comprovou ter pago as contribuições que pretende compensar, mediante a juntada das guias de recolhimento. 6. A via especial do mandado de segurança, em que não há dilação probatória, impõe que o autor comprove de plano o direito que alega ser líquido e certo. E, para isso, deve trazer à baila todos os documentos hábeis à comprovação do que requer. Sem esses elementos de prova, torna-se carecedora da ação. Precedente do C. STJ. 7. Dessarte, quanto à compensação dos créditos, cujos pagamentos não restaram comprovados nos autos, a parte deve ser considerada carecedora da ação. 8. Agravo retido não conhecido. Apelo da impetrante prejudicado. Recurso da

União desprovido. Remessa oficial, parcialmente, provida.

(TRF - 3a. Reg. - Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.61.00.000978-3/SP - 3a.

T. - Ac. por maioria - Rel.: Juiz Federal Rubens Calixto (conv.) - Fonte: DJF3, 15.07.2011).

### Não incide contribuição previdenciária sobre o abono constitucional de férias

Tributário. Agravo de instrumento. Contribuição previdenciária. Incidência sobre o abono constitucional de férias (1/3). Impossibilidade. Verba indenizatória. Suspensão da exigibilidade da exação. Possibilidade. I - Na espécie dos autos, não incide contribuição previdenciária sobre o abono constitucional de férias (1/3), porquanto a verba se reveste de caráter indenizatório, não sendo considerada contraprestação pelo serviço realizado. Precedentes. II - Agravo de instrumento desprovido.

(TRF - 1a. Reg. - Ag. de Instrumento n.

0049683-89.2010.4.01.0000/DF - 8a. T. - Ac.

por maioria - Rel.: Des. Federal Souza Prudente - Fonte: e-DJF1, 17.06.2011).

### Não incide imposto de renda sobre a licença-prêmio convertida em pecúnia

Apelação cível e reexame necessário. Licença-prêmio. Conversão em pecúnia. Imposto de renda. Taxa de juros moratórios. 1. Licença-prêmio. Imposto de Renda. Tendo em conta o caráter indenizatório, não incide Imposto de Renda sobre a licença-prêmio convertida em pecúnia. Jurisprudência tranquila, inclusive do STJ. 2. Taxa de juros moratórios. É de 6% ao ano, ou 0,5% ao mês, a taxa de juros moratórios nas importâncias devidas pela Fazenda Pública a seus servidores e empregados (Lei 9.494/97, acrescido pela MP 2.180-35/01, art. 1º-F). 3. Dispositivo. Por maioria, apelação provida e no mais sentença confirmada em reexame necessário.

(TJ/RS - Apelação e Reexame Necessário n.

70040339012 - Passo Fundo - 1a. Câ. Cív.

- Ac. por maioria - Rel.: Des. Irineu Mariani - Fonte: DJ, 08.07.2011).

### Não incide IPTU sobre bens públicos cedidos com base em contrato de concessão de direito real de uso

Tributário. Bem público. Imóvel. (ruas e áreas verdes). Contrato de concessão de direito real de uso. Condomínio fechado. IPTU. Não-incidência. Posse sem *animus domini*. Ausência do fato gerador do tributo (arts. 32 e 34, CTN). 1. A controvérsia refere-se à possibilidade ou não da incidência de IPTU sobre bens públicos (ruas e áreas verdes) cedidos com base em contrato de concessão de direito real de uso a condomínio residencial. 2. O artigo 34 do CTN define como contribuinte do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Contudo, a interpretação desse dispositivo legal não pode se distanciar do disposto no art. 156, I, da Constituição Federal. Nesse contexto, a posse apta a gerar a obrigação tributária é aquela qualificada pelo *animus domini*, ou seja, a que efetivamente esteja em vias de ser transformada em propriedade, seja por meio da promessa de compra e venda, seja pela posse *ad usucapionem*. Precedentes. 3. A incidência do IPTU deve ser afastada nos casos em que a posse é exercida precariamente, bem como nas demais situações em que, embora envolvam direitos reais, não estejam diretamente correlacionadas com a aquisição da propriedade. 4. Na hipótese, a concessão de direito real de uso não viabiliza ao concessionário tornar-se proprietário do bem público, ao menos durante a vigência do contrato, o que descaracteriza o *animus domini*. 5. A inclusão de cláusula prevendo a responsabilidade do concessionário por todos os encargos civis, administrativos e tributários que possam incidir sobre o imóvel não repercute sobre a esfera tributária, pois a instituição do tributo está submetida ao princípio da legalidade, não podendo o contrato alterar a hipótese de incidência prevista em lei. Logo, deve-se reconhecer a inexistência da relação jurídica tributária nesse caso. 6. Recurso especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.091.198/PR - 2a. T. - Ac.

unânime - Rel.: Min. Castro Meira - Fonte: DJe, 13.06.2011).

### Valor relativo a restituição de imposto de renda não recebido em vida deve ser levantado pelos dependentes habilitados junto a Previdência Social

Direito das sucessões e administrativo. Restituição de imposto de renda. Não recebimento pelo falecido em vida. Alvará judicial. Leis n. 6.858/80 e 7.713/88. Exigência de inscrição como dependente na previdência social. Cabimento. 1. A Lei n. 6.858/80 pretendeu desburocratizar o levantamento de pequenos valores (até quinhentas OTNs), não recebidos pelos seus titulares em vida, valendo-se, para tanto, de critério objetivo, qual seja, a condição de dependente inscrito junto à Previdência Social e a inexistência de outros bens a serem inventariados. 2. Assim, os valores relativos a restituições de imposto de renda não recebidos pelo falecido em vida, observado o teto legal, devem ser levantados pelos dependentes habilitados junto a Previdência Social, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 6.858/80. 3. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.085.140/SP - 4a. T. - Ac.

unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão -

Fonte: DJe, 17.06.2011).

**NOTA BONIJURIS:** *Transcrevemos trecho da explanação do relator ao proferir seu voto “Com efeito, entendeu por bem o legislador que esses valores não recebidos em vida pelo falecido não justificariam a instalação de processo judicial para levantamento, tampouco a discussão acerca de questões sucessórias, privilegiando-se, assim, aqueles que, por vontade manifestada em vida pelo falecido, eram merecedores de especial proteção, os dependentes. Nessa hipótese, justificase a solução da controvérsia à luz da legislação específica sem perquirições acerca da ordem de vocação hereditária prevista na legislação civil.”*

# REMIÇÃO DE PARTE DO TEMPO DE EXECUÇÃO DA PENA POR ESTUDO OU TRABALHO

Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 126, 127, 128 e 129 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de:

I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.” (NR)

“Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.” (NR)

“Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.” (NR)

“Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

§ 1º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

§ 2º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

(D.O.U. de 30.06.2011, col. III, p. 1)

# INSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011

Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte Título VII-A:

“TÍTULO VII-A

DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concer-

nente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.”

Art. 2º O inciso IV do art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 27. ....

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

.....” (NR)

Art. 3º O art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

.....

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 7 de julho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

(D.O.U. de 08.07.2011, col. II, p. 1)

## CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei acrescenta inciso VI ao art. 44, acrescenta art. 980-A ao Livro II da Parte Especial e altera o parágrafo único do

art. 1.033, todos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), de modo a instituir a empresa individual de responsabilidade limitada, nas condições que especifica.

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 44. ....

VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.

.....” (NR)

“LIVRO II

.....

TÍTULO I-A

DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º ( VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

.....”

“Art. 1.033. ....

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 11 de julho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

(D.O.U. de 12.07.2011, col. I, p. 1)

# PROIBIÇÃO DE USO DE ÁREAS COMUNS PELO DEVEDOR DE CONDOMÍNIO

**André Luiz Junqueira**

Advogado/RJ

Especialista em Direito Civil e Empresarial, pela Universidade Veiga de Almeida

O Código Civil brasileiro determina que o condômino que não paga em dia sua quota-parte nas despesas condominiais, além de ter de pagar multa e juros sobre seu débito (artigo 1.336, § 1º, do Código Civil), também pode ser proibido de participar ou votar em assembleias gerais do condomínio (artigo 1.335, III, do Código Civil). Todavia, questiona-se: poderia o inadimplente também ser proibido de utilizar determinadas partes comuns do prédio como punição adicional ao seu comportamento irregular? Segundo decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), a resposta seria positiva.

No caso do julgamento mencionado (Apelação Cível nº 516.142-0)<sup>1</sup>, um condomínio proibiu um condômino inadimplente de usufruir dos equipamentos de lazer do edifício que geravam despesas para os condôminos, que consistiam em sauna, salão de festas, equipamentos da quadra esportiva e churrasqueira. E, considerando que tal proibição havia sido imposta por meio de assembleia geral, o devedor afetado propôs uma ação anulatória de assembleia condominial. Todavia, a 3ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo decidiu que não há qualquer ilegalidade nesse tipo de sanção, desde que não alcance serviços essenciais.

Pela fundamentação do acórdão, a restrição do inadimplente em participar de assembleias, prevista no artigo 1.335, III, do Código Civil brasileiro, pode ser ampliada pela assembleia geral e, além disso, é intolerável o uso dos equipamentos de lazer pelo inadimplente à custa daqueles que pagam em dia as quotas condominiais.

A decisão reflete um posicionamento doutrinário já defendido por especialistas como Hamilton Quirino Câmara (*Condomínio edilício*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007) e Marcos Eduardo Goiana Fedozzi (*Condomínio edilício do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007). Essa corrente se fundamenta no fato de que existem serviços essenciais e não essenciais em um condomínio e, enquanto os primeiros não podem ser interrompidos em nenhuma hipótese, os últimos podem, se houver motivo justo e relevante.

Por outro lado, autores como João Batista Lopes (*Condomínio*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008), Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Motta Ramos Marques (*O condomínio edilício no novo Código Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006) sempre sustentaram que tal proibição é ilegal por afetar direitos inerentes à propriedade do devedor (direito fundamental previsto no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal), devendo o

condomínio se socorrer em outras penalidades expressamente previstas no Código Civil, na convenção do condomínio e, como medida definitiva, na ação judicial de cobrança de quotas.

Por fim, conclui-se que, mesmo que se admita a possibilidade jurídica de se proibir o inadimplente de utilizar serviços não essenciais do condomínio, como salão de festas ou churrasqueira, três cuidados básicos devem ser observados: (I) previsão de tal proibição na convenção do condomínio (artigo 1.334, IV, do Código Civil); (II) jamais proibir o inadimplente de usar serviços essenciais ou inerentes ao seu imóvel (água, gás, elevador, interfone, vaga da garagem, acesso ao apartamento etc.); e (III) extremo cuidado ao chamar atenção do inadimplente e/ou de seus dependentes em público, quando estes estiverem utilizando serviços não essenciais sem ter o direito, uma vez que a forma de abordagem pode gerar condenação ao pagamento de indenização por danos morais eventualmente sofridos pelo devedor e seus dependentes. E se realmente a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo não representar um evento isolado, os condomínios terão mais uma ferramenta de combate à inadimplência. ■

## Nota

<sup>1</sup> “Ação anulatória de assembleia condominial. Deliberação que impede o condômino inadimplente de se valer do gerador do edifício e de usufruir dos equipamentos de lazer do condomínio. Inexistência de ilegalidade a envolver a deliberação. Providência que não alcança serviços essenciais. Restrição ao inadimplente introduzida pelo novo Código Civil quanto à participação em assembleias (artigo 1.335, inciso III, Código Civil), que pode ser ampliada pela assembleia geral, órgão soberano do condomínio. Intolerável uso dos equipamentos de lazer pelo inadimplente à custa daqueles que pagam em dia a quota condominial. Improcedência da demanda preservada. Apelo improvido.



1. - Ação anulatória de assembléia condominial julgada improcedente pela r. sentença de fls. 91/93, cujo relatório é adotado.

Apela o autor.

Insiste, pelas razões apresentadas às fls 95/97, na anulação da assembléia de fls. 9/10.

Contra-razões às fls. 101/106.

Frustrada a tentativa de conciliação em segundo grau de jurisdição (fls. 114).

É o RELATÓRIO.

2.- Insubsistente o apelo manifestado em favor do autor.

Com efeito.

O condômino inadimplente, pela assembléia geral ordinária de fls. 9/10, além de impedido de usufruir do gerador instalado no edifício, também não poderá se valer dos equipamentos de lazer do condomínio (salão de festas/jogos, quadra poliesportiva e churrasqueira).

A deliberação, no entanto, não padece de qualquer ilegalidade. Não envolve, em primeiro lugar, serviço essencial disponibilizado ao condômino.

De outra parte, com o advento do novo Código Civil se abriu a possibilidade de restrições ao condomínio inadimplente, que, neste particular, está impedido de participar das assembléias (artigo 1.335, inciso III do Código Civil).

Na linha do impedimento traçado pelo citado artigo 1.335, inciso III, do Código Civil, lícito à assembléia, órgão soberano do condomínio, estabelecer outras restrições ao condômino inadimplente, como, por exemplo, aquelas introduzidas às fls. 10, vez que não é justo que aquele que não cumpre as suas obrigações usufrua dos equipamentos de lazer do edifício à custa dos demais condôminos que pagam em dia as cotas condominiais.

Invoca-se, pela pertinência, o entendimento de RUBENS CARMO ELIAS FILHO sobre o tema em discussão:

“Ou seja, nada se verifica de irregular na restrição de uso das áreas comuns e na supressão de fornecimento de serviços essenciais, quando possível. Obviamente, tais medidas devem ser precedidas de aprovação em assembléia geral especialmente convocada para tal finalidade, observado o quorum específico para a regulamentação das áreas e serviços comuns, sempre com o objetivo de preservar o condomínio e seu síndico de responsabilidade civil e criminal, por eventuais excessos” (As Despesas do Condomínio Edilício, Editora Revista dos Tribunais, página 195).

Isto posto, NEGA-SE provimento ao apelo.

Donegá Merrandini – Relator”

## EVENTOS

CURSO DE DIREITO DESPORTIVO

Local: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP

Data: 11.08 a 29.09.2011

Informações: [www.fgv.br/direitogv/gvlaw](http://www.fgv.br/direitogv/gvlaw)

XIII CONGRESSO INTERNACIONAL E XVI CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO ROMANO EM HOMENAGEM A SILVIO MEIRA

Local: Hotel Hilton – Belém/PA

Data: 01 a 03.09.2011

Informações: [www.cidrom.com.br](http://www.cidrom.com.br)

IX CONGRESSO BRASILEIRO DO MAGISTÉRIO SUPERIOR DE DIREITO AMBIENTAL E I CONGRESSO DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Local: Universidade Católica – Santos/SP

Data: 01 a 03.09.2011

Informações: [www.aprodab.blogspot.com](http://www.aprodab.blogspot.com)

IX CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO PÚBLICO

Local: Centro de Convenções e Exposições – Maceió/AL

Data: 06 a 09.09.2011

Informações: [www.direitopublicomaceio.com.br](http://www.direitopublicomaceio.com.br)

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TERCEIRO SETOR

Local: Belo Horizonte/MG

Data: 15 e 16.09.2011

Informações: [www.direitodoestado.com.br/ts](http://www.direitodoestado.com.br/ts)

I JORNADA PAULISTA DE DIREITO CONTRATUAL

Local: Escola Paulista de Direito – São Paulo/SP

Data: 16 a 17.09.2011

Informações: [www.epd.edu.br](http://www.epd.edu.br)

XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO DE PERNAMBUCO

Local: Mar Hotel – Recife/PE

Data: 21 a 23.09.2011

Informações: [www.congressodireitotributario.com.br](http://www.congressodireitotributario.com.br)

# RESIDENTE À/ NA RUA, DIGNAR-SE

**Maria Tereza de Queiroz Piacentini** | linguabrasil@linguabrasil.com.br

Licenciada em Letras e mestra em Educação pela UFSC

Revisora da Constituição de Santa Catarina em 1989

## RESIDENTE À/ NA RUA

--- *Gostaria de esclarecimentos acerca do uso de "residente e domiciliado À rua ou NA rua, bem como se digne DE ou se digne EM". Jefferson Barbosa, Bauru/SP*

A rigor, como os verbos *morar, residir, situar, localizar* e semelhantes são regidos pela preposição EM, deveria se usar NA e não À nos casos específicos. Mas é muito comum o uso intercambiável das preposições A e EM, como temos visto em diversas ocasiões. Então, nessa situação se veem ambas as formas: na rua e à rua, com preferência por esta última na língua escrita. O mesmo acontece com seus derivados *morador, residente, domiciliado*:

Ela reside à rua Tupi.

Jacó Silva, brasileiro, casado, domiciliado à rua de Setembro, requer...

Vende-se casa [situada/sita] à avenida Salinas.

Vamos nos encontrar na sede do Partido, à R. Cristal.

Aluga-se imóvel [localizado] à Av. Central, no Kobrasol.

Na língua falada, justifica-se o uso mais frequente de *na* porque o *à* se confunde na pronúncia com *há* e com o artigo *a*. Já o *em*, combinado ou não com um artigo, não deixa margem a dúvidas:

Residimos na rua Tupi.

A casa está situada na avenida dos Guararapes.

Você ainda mora na mesma travessa?

A sede do Partido se localiza na rua Cristal.

Isso não quer dizer que não se possa ou não se deva escrever "Vende-se casa na Av. Central", "residente e domiciliado na rua Botucatu". Absolutamente! É uma boa opção. Mas por outro lado não se pode tachar de erro o emprego do "a craseado" nesses casos, uma vez que já está consagrado pelo uso... e abonado pelos gramáticos.

Quanto aos gramáticos, valho-me do saudoso Celso Pedro Luft, que, na sua coluna "O Mundo das Palavras" nº 2.347, resume o assunto desta forma: "*No português brasileiro atual, com o verbo *morar* e derivados a preposição originária em pode comutar com a (esta, sobretudo na língua escrita): *morar (morador) na ou à Rua X. O mesmo vale para residir (residente) e situado, sito*".*

## DIGNAR-SE (DE)

Com relação ao verbo pronominal *dignar-se*, ele pede a preposição DE (e não "em"). No entanto pode haver a elipse da preposição diante de verbo no infinitivo. Exemplificamos:

O juiz não se dignou de nos ouvir.

Esperamos que se digne V. Exa. (de) conceder o aparte.

Digne-se V. Exa. conceder a audiência solicitada.



## Protocolo Postal dos Correios. Transforme a dinâmica de seus processos.

O Protocolo Postal é mais um produto exclusivo que conta com a agilidade e o alcance do SEDEX. Com ele, Tribunais e DETRANs conveniados reconhecem documentos protocolados e enviados de qualquer agência dos Correios, acabando com o desperdício de tempo e evitando viagens desnecessárias. Consulte os tribunais e DETRANs conveniados e conte com o Protocolo Postal para aumentar sua produtividade.

## APOIO INSTITUCIONAL

---

