

Revista Bonijuris

www.bonijuris.com.br

Ano XXIV | # 585 | Agosto 2012 | R\$29,00

Ementário

Quando ausente prejuízo a terceiros é possível modificação do prenome

pág. 63

Legislação

Lei 12.683/12 – Alterações processadas na Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/98

pág. 76

Não tropece na língua

A vírgula em geral e nos dispositivos de lei

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. 41

STJ

Cláusula que prevê cobertura de seguro em razão de furto apenas se este for qualificado é abusiva

STJ

Penhora não atinge bem de família que garante dívida de empresa pertencente a um dos cônjuges

STJ

Processo não deve ser suspenso em razão de expedição de carta rogatória

TJ/RS

Narrativas da denúncia que não constituem ilícitos e descrições de fatos confusos autorizam o trancamento da ação penal

TST

Revista visual de bolsas e sacolas deve ser feita de forma impessoal pelo empregador

STF

É constitucional lei estadual que concede isenção de taxa para a inscrição em concurso público

STJ

Extravio de mercadoria importada sob suspensão de tributos não gera obrigação fiscal para o transportador

Doutrina

ESTADO E SOCIEDADE NOS ESPAÇOS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL TRANSNACIONAL

Maikon Cristiano Glasenapp | pág. 6
Paulo Márcio Cruz

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO – PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO – PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO

Tereza Aparecida Asta Gemignani | pág. 13
Daniel Gemignani

PESSOA HUMANA: UM DEBATE ENTRE O JURÍDICO E O REAL, A PARTIR DA LEI, DA ARTE E DA LITERATURA

Sayury Silva de Otoni | pág. 24

SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRATO CONFERIDO AOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO, COMETIDOS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

Domingos Barroso da Costa | pág. 28
Juarez Morais de Azevedo

COMENTÁRIOS JURÍDICOS DA OBRA O PROCESSO DE FRANZ KAFKA

Roberto Victor Pereira Ribeiro | pág. 38

Como decidem os tribunais | pág. 79

Responsabilidade Civil do Estado Pelos Débitos Trabalhistas das Empresas por Ele Contratadas – ADC 16/2010 X Súmula 331 do TST
Matheus Vianna de Carvalho



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* da *Revista Bonijuris* de agosto é aberta com o mestre e doutorando em ciência jurídica **Maikon Cristiano Glasenapp** e com o pós-doutor e doutor em direito do Estado e mestre em instituições jurídico-políticas **Paulo Márcio Cruz**, que escrevem sobre o Estado e a sociedade nos espaços de governança ambiental transnacional. Apresentam uma reflexão sobre o papel do Estado e da sociedade na transnacionalidade da proteção socioambiental, a partir das teses e teorias contemporâneas sobre a crise da modernidade e do próprio Estado.

A desembargadora federal do trabalho e doutora em direito **Tereza Aparecida Asta Gemignani** e o bacharel em direito **Daniel Gemignani** discorrem acerca do meio ambiente do trabalho, que é marcado por acirradas controvérsias em relação a segurança, saúde e integridade física. Apregoam que o binômio *dever ser/sanção* adote uma nova perspectiva incorporando os princípios da precaução e prevenção como norte de um novo padrão normativo, a fim de resguardar a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas.

Sayury Silva de Otoni, mestre em direito e economia e aluna regular do Programa de Doutorado em Direito, trata da figura da pessoa humana, expondo um debate entre o jurídico e o real a partir da lei, da arte e da literatura. Aduz que a assunção da personalidade é garantia legal, uma vez que o diploma pátrio estabelece o atributo da personalidade desde o nascimento. Já a autoconstrução da pessoa estaria limitada pelos ditames sociais.

Domingos Barroso da Costa, defensor público e especialista em criminologia e **Juarez Morais de Azevedo**, magistrado e mestre em direito, versam sobre a constitucionalização do trato conferido aos delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça. Sustentam que tais delitos deveriam ter o mesmo tratamento legislativo conferido aos crimes contra as ordens tributária e econômica, pois, em suma, a única diferença entre tais crimes seria o estrato social ocupado pelos respectivos autores.

Por fim, o advogado e pós-graduado em direito processual **Roberto Victor Pereira Ribeiro** tece comentários jurídicos sobre a obra *O Processo*, de Franz Kafka. Ressalta a insistência de Joseph K. em querer saber do que está sendo acusado, tanto que se criou o estilo kafkiano de ser processado: ser totalmente tolhido de qualquer preceito jurídico possível e conhecido.

Em *Legislação*, transcrevemos o texto da **Lei 12.683**, de 9 de julho de 2012, que altera a Lei 9.613/98 para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Excepcionalmente nesta seção, apresentamos as mais recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça.

Pondo termos finais a esta edição, em *Como Decidem os Tribunais*, o procurador da Fazenda Nacional **Matheus Vianna de Carvalho** aborda a responsabilidade civil do Estado pelos débitos trabalhistas das empresas por ele contratadas. Confronta a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, proferida em 24 de novembro de 2010, com o posicionamento do pleno do Tribunal Superior do Trabalho ao redefinir o texto da Súmula 331, em 24 de maio de 2011.

Boa Leitura.
Equipe Bonijuris

Bonijuris Revista

Ano XXIV | # 585 | Agosto 2012

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, Roberto Víctor Pereira Ribeiro, 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, Pollyana Elizabethe Pissaia, Rafael Cessetti (editor adjunto),
Rogério Distéfano, Roland Hasson, Sérgio de Aragon Ferreira, Solange Roesle, 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 | ISSN 1809-3256 | Qualis C – Capes
Para firmar convênios ou permutas jurídicas, entre em contato conosco. | Fone/FAX: (41) 3323-4020 | e-mail: contato@bonijuris.com.br

Operação em bancas:

Assessoria: Edicase www.edicase.com.br | **Distribuição Exclusiva em Bancas:** FC Comercial e Distribuidora S.A. | **Manuseio:** FG Press www.fgpress.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
comercial@bonijuris.com.br

Assinaturas

0800 645 4020

Jurídico | Pesquisa

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



Todos os acórdãos são fiéis às íntegras obtidas nos tribunais. Publicação dirigida ao território nacional. Edição mensal – Tiragem 7.000 exemplares

Doutrina

06 | Estado e Sociedade nos Espaços de Governança Ambiental Transnacional

Maikon Cristiano Glasenapp

Paulo Márcio Cruz

13 | Meio Ambiente do Trabalho – Prevenção e Prevenção – Princípios Norteadores de um Novo Padrão Normativo

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Daniel Gemignani

24 | Pessoa Humana: Um Debate Entre o Jurídico e o Real, a Partir da Lei, da Arte e da Literatura

Sayury Silva de Otoni

28 | Sobre a Constitucionalização do Trato Conferido aos Delitos Contra o Patrimônio, Cometidos sem Violência ou Grave Ameaça

Domingos Barroso da Costa

Juarez Moraes de Azevedo

38 | Comentários Jurídicos da Obra *O Processo de Franz Kafka*

Roberto Victor Pereira Ribeiro

Acórdãos em destaque

41 | STJ | **Min. Massami Uyeda**

Cláusula que prevê cobertura de seguro em razão de furto apenas se este for qualificado é abusiva

43 | STJ | **Min. Raul Araújo**

Penhora não atinge bem de família que garante dívida de empresa pertencente a um dos cônjuges

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

Processo não deve ser suspenso em razão de expedição de carta rogatória

53 | TJ/RS | **Des. Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto**

Narrativas da denúncia que não constituem ilícitos e descrições de fatos confusos autorizam o trancamento da ação penal

54 | TST | **Min. Pedro Paulo Manus**

Revista visual de bolsas e sacolas deve ser feita de forma impessoal pelo empregador

57 | STF | **Min. Marco Aurélio**

É constitucional lei estadual que concede isenção de taxa para a inscrição em concurso público

58 | STJ | **Min. Arnaldo Esteves Lima**

Extravio de mercadoria importada sob suspensão de tributos não gera obrigação fiscal para o transportador

Ementário

63 | TJ/PR | **Civil e Comercial**

Des. Fernando Wolff Bodziak

Quando ausente prejuízo a terceiros é possível modificação do prenome

64 | TJ/RS | **Imobiliário**

Des. Paulo Sergio Scarparo

Necessária notificação do locatário para realização da vistoria final

65 | STJ | **Processo Civil**

Min. Antonio Carlos Ferreira

Ministério Público não é obrigado a negociar termo de ajustamento de conduta com a parte

68 | STJ | **Penal e Processo Penal**

Min. Laurita Vaz

Posse da *res furtiva* não precisa ser mansa e pacífica para a consumação do crime de roubo

70 | TRT | **Trabalhista e Previdenciário**

Des. Rogério Valle Ferreira

Empregador que exige dos empregados trabalho em feriados comete dano moral coletivo

72 | STF | **Administrativo e Constitucional**

Min. Cármen Lúcia

Gestante que ocupa cargo em comissão tem direito à estabilidade provisória

74 | STJ | **Tributário**

Min. Benedito Gonçalves

Parcelamento do crédito tributário não impede arrolamento de bens

Legislação

76 | Lei 12.683/12

Alterações processadas na Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/98

Como decidem os tribunais

79 | Matheus Vianna de Carvalho

Responsabilidade Civil do Estado pelos Débitos Trabalhistas das Empresas por Ele Contratadas – ADC 16/2010 X Súmula 331 do TST

Não tropece na língua

82 | Maria Tereza de Queiroz Piacentini

A vírgula em geral e nos dispositivos de lei

ESTADO E SOCIEDADE NOS ESPAÇOS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL TRANSNACIONAL

Maikon Cristiano Glasenapp | maikon@catolicasc.org.br

Bacharel em Direito (Centro Universitário de Jaraguá do Sul-UNERJ)

Mestre e doutorando em Ciência Jurídica (UNIVALI)

Paulo Márcio Cruz | pcruz@univali.br

Pós-doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante (ESP)

Doutor em Direito do Estado (UFSC)

Mestre em Instituições Jurídico-Políticas (UFSC)

Resumo

Este artigo apresenta uma reflexão inicial sobre o papel do Estado e da sociedade na transnacionalidade da proteção socioambiental, a partir das teses e teorias contemporâneas sobre a crise da modernidade e também do seu principal ator: o Estado Constitucional Moderno. Também se procura apresentar aqui uma ponderação introdutória para o desenvolvimento de tese de doutoramento sobre os novos papéis que os Estados e as sociedades estariam assumindo diante da complexidade do fenômeno da globalização e da interdependência na emergente governança socioambiental transnacional

Abstract

This article presents an initial reflection on the role of State and society in transnational social and environmental protection, through the use of contemporary theses and theories about the crisis of modernity and the lead role of the Modern Constitutional State. It also attempts to present an introductory consideration for the development of the doctoral thesis on the new roles that States and societies would be taking on in the face of the complexity of the phenomenon of globalization and interdependence in the emerging socio-environmental and transnational governance

A crise ambiental identifica-se como crise civilizacional da modernidade, e pode ser contextualizada como consequência da adoção de um modelo de civilização preponderantemente econômico, tecnológico e cultural (neoliberal), que tem depredado a natureza e negado a existência de culturas alternativas, e que transformou o direito numa narrativa inserida em outras metanarrativas, que sustentam objetivos do neoliberalismo.

Diante desse contexto, este artigo apresenta uma análise da modernidade e das consequências – advindas do paradigma axiológico da liberdade – que ela tem para o meio ambiente no âmbito global, deixando de início bem claro que a intenção não é fazer críticas à modernidade, mas sim demonstrar que a humanidade está vivenciando uma nova fase de transição paradigmática, que pode caracterizar o caminho para a pós-modernidade. Esse novo período deverá ter como paradigma axiológico a preservação e a proteção da vida (sustentabilidade), como resposta da consciência do homem aos problemas ambientais, ainda que agora já não seja mais possível prever ou saber quais as consequências de uma catástrofe ambiental para o presente e para o futuro, configurando-se a chamada sociedade de risco.

Este trabalho tem por objetivo discutir a configuração de espaços transnacionais de proteção socioambiental como alternativa para o alcance de uma nova governança ambiental global (Speth, 2005, p. 32) e minimização dos riscos.

Nesse sentido, trabalha-se aqui com a perspectiva da construção de novos espaços públicos de governança para além do Estado Constitucional Moderno (territorial e nacional), ou seja, a construção de espaços públicos transnacionais de

proteção socioambiental de perspectiva emancipatória. Esses espaços tenderiam a orientar a vida prática dos atores e poderes globais (sociedade civil transnacional) na nova ordem global, pressupondo a adoção de uma nova ética, que, ao contrário da ética liberal, não seja colonizada pela ciência nem pela tecnologia, mas pelo princípio da responsabilidade de longa duração (Canotilho, 2001, p. 7), pela solidariedade e pela consciência empática.

O que se procura mostrar neste trabalho é que os atores e poderes transnacionais que conseguem fugir do controle e autoridade dos Estados, das normas supranacionais e do direito internacional são peças importantes da nova estrutura de governança global, contudo, será necessária a limitação de atuação deles para que não seja identificada a ideia de “governança sem governo”, na qual a autoridade estaria cada vez mais sendo transferida dos Estados territoriais para as entidades não territoriais (Matias, 2005, p. 441). Como enfatiza Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 36), a governança deverá reconstruir a governabilidade.

Para Rifkin (2010, p. 411), o processo globalizador tem sido oportunista e destrutivo. A globalização, para o autor, produziu um impacto psicológico tão importante quanto o econômico. Segundo Rifkin (2010), muita atenção tem sido dada às relações violentas provocadas pela globalização (xenofobia, populismo político e terrorismo), no entanto, pouco se tem prestado atenção na crescente extensão empática, proporcionada pelo constante contato das pessoas, principalmente, pelos meios de comunicação modernos. Assim, o já ilimitado mundo do mercado global também tem sido acompanhado de um espaço social que é ainda mais ilimita-

do, sobretudo pelas redes sociais de comunicação.

Observando-se que as formações de novos poderes nos espaços transnacionais possibilitados pela globalização estão sem regulamentação, requer-se a politização da discussão sobre a limitação desses tipos de poder e, por consequência, a criação de direitos (transnacionais) destinados a regulá-los e limitá-los. O direito transnacional como resposta à globalização e suas consequências seria então matizado pela emergência de se regular a atuação do mercado global, das organizações não governamentais e da sociedade civil transnacional, que, segundo Kaldor (1999, p. 210), consiste em “grupos, indivíduos e instituições que são independentes do Estado e das fronteiras estatais, mas que estão, ao mesmo tempo, preocupados com os assuntos públicos”.

Pode-se anotar ainda que, ao Estado, à sociedade e ao direito (instrumento social), como necessidades humanas, estão sendo lançados novos desafios na transnacionalidade: alcançar o que na territorialidade não foi possível, ou seja, a ideia de qualidade de vida, que para Rifkin (2010, p. 542-544) representa o bem-estar comum, um elemento valioso na hora de garantir a felicidade de todos os indivíduos que são parte da comunidade. Desse modo, para afiançar tais perspectivas, o direito de inclusão segundo o referido autor se tornará mais importante que o direito de exclusão na hora de se estabelecer as relações sociais e econômicas. Assim, uma sociedade baseada na defesa

da qualidade de vida (novo paradigma axiológico) deverá proteger simultaneamente tanto os modelos de mercado como os modelos sociais, enfatizando as oportunidades econômicas em conjunto com o compromisso coletivo de criação de uma sociedade sustentável para todos os cidadãos.

Crise ambiental e a crise do direito

A crise ambiental e/ou socioambiental¹ identifica-se como crise civilizacional da modernidade e da atuação dos seus atores, entre os quais se destaca o Estado e a atividade econômica.

Essa crise, que também pode ser contextualizada como consequência da visão mecanicista do mundo (Beck, 2002), que ignora os limites biofísicos e a compreensão científica dos sistemas vivos (Capra, 1996, p. 229)², e que decorre do próprio processo civilizatório moderno (Morin, 2005, p. 70), identifica-se com o atual estágio

de desenvolvimento e definição histórica da humanidade³, estágio este que também transformou o direito numa narrativa inserida em outras metanarrativas, que sustentam os objetivos do neoliberalismo. Assim, o direito passou a ser o reboque (suporte) da atividade econômica, atendendo em algumas perspectivas

somente aos interesses do mercado (Stelzer, 2009, 47).

No âmbito jurídico, a crise ambiental e/ou socioambiental aparece à margem da crise igualmente vivida pelo direito positivo e pelo pensamento jurídico moderno (Estado), no que diz respeito ao triunfo das

O DIREITO MODERNO ESTÁ INTEGRALMENTE ASSENTADO NA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, NÚCLEO DO PARADIGMA DA MODERNIDADE

transformações provocadas pelos fenômenos da transnacionalização e da globalização⁴. Esses fenômenos tendem a esvaziar simultaneamente os espaços de atuação do Estado Constitucional moderno e do sistema internacional tradicional de regulação e de resolução das controvérsias, precisamente porque os fenômenos da transnacionalização e da globalização supõem o movimento de bens, informações, ideias, fatores ambientais e principalmente de pessoas, para além das fronteiras domésticas (Leis, 1999, p. 19).

A partir dessas constatações é que se pode desenvolver o raciocínio sobre a atual crise paradigmática da contemporaneidade, da crise do Estado moderno⁵, do direito e da conseqüente falta de força regulamentadora do direito enquanto sinônimo da palavra “lei”, e da necessidade de superação democrática do Estado Constitucional Moderno (Cruz; Sirvent, 2007), da modernidade e de suas promessas em parte não cumpridas e outras cumpridas em excesso.

Essa problemática, cumulada com a crise socioambiental, impõe um adequado tratamento político-jurídico do Estado, da modernidade, da crise ambiental e da sua interconexão, sobretudo pelo *déficit* no marco regulatório da modernidade, o que em grande parte acentuou o uso desregrado dos recursos naturais e, por conseqüente, o surgimento dos riscos ambientais globais.

Assim, a crise da modernidade, do Estado, do direito ambiental e/ou socioambiental, impõe a interrogação não só aos limites do Estado, mas à forma institucional da modernidade e das suas promessas. Nesse sentido, não se pode ficar preso aos esquemas conceituais, institucionais da modernidade.

O programa da modernidade jurídica assentou-se na racionalidade científica, e, por conseqüente, na

estatização, posituação e dogmatização do direito. Assim, estudar o direito a partir da racionalidade jurídica moderna nada mais é do que aprender o que está escrito nas leis e nos códigos (dogmática jurídica)⁶.

Daí advém a identificação moderna entre direito e lei, restringindo o âmbito da experiência jurídica à sua estrutura técnico-formal e ao conteúdo normativo da modernidade (Habermas, 1990, 309-350). No que tange ao direito moderno como direito estatal, diz-se que “é constituído por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal”⁷.

Nesse sentido, o direito moderno está integralmente assentado na concepção dos direitos individuais, núcleo do paradigma da modernidade, até porque o Estado Moderno parece ter sido forjado para garantir o exercício dos direitos individuais (quase todos ligados a questões patrimoniais individuais, tais como: aquisição, gozo, transmissão da propriedade).

Em síntese, a concepção moderna de direitos – a posituação para a regulação da individualidade –, e a atribuição da função estatal como garantidora do exercício desses direitos, implica a impossibilidade de garantias emancipatórias, que pressupõem a garantia pluralista, coletiva e indivisível.

A ideia da modernidade enquanto modelo civilizatório é marcada pelo triunfo da irresponsabilidade organizada, por meio do qual o risco é ocultado e negado pelos atores da modernidade.

A razão redentora na modernidade representou a potencialização e a especialização do conhecimento científico, prometendo o controle das forças da natureza e assegurando à humanidade a possibilidade de construir o seu próprio destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa.

Ou seja: a possibilidade de libertação individual e coletiva está sendo questionada por novos paradigmas, sobretudo emancipatórios, que surgem exatamente da crise da modernidade e dos seus atores, paradigmas estes envoltos em uma nova ética social e ambiental e, portanto, sustentável.

A temática desse novo paradigma pós-moderno da ciência e, por conseqüente, do direito, será tratada em outro artigo, que terá como objetivo contribuir para o debate e o estabelecimento de alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o direito, baseando-o na sustentabilidade.

A sociedade de risco como conseqüência da falta do marco regulatório do Estado

De fato, vive-se em uma sociedade insegura, desunida, insustentável (Leis, 1999), num mundo que está de pernas para o ar, ao avesso (Galeano, 1999), confuso e confusamente percebido (Santos, 2009, p. 17).

Por outro lado, no curso do século XX a humanidade também demonstrou a inédita condição de ter consciência dos problemas socioambientais, designando um novo estágio da história no qual começam a tomar corpo as ameaças produzidas pela adoção, sobretudo pelo Ocidente, de um modelo econômico preponderantemente liberto da preocupação ambiental. Tal modelo, gerado pela sociedade pós-industrial (Leite, 2007, p. 131), representa a falência da atuação do Estado como regulador dos problemas socioambientais.

Pode-se anotar, portanto, que a sociedade de risco é marcada pela tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, caracterizado pela incerteza e im-

previsibilidade dos acontecimentos que o aumento das forças produtivas está produzindo e cujas dimensões ainda não são conhecidas. Por essa razão, o determinismo científico e a regulação no âmbito territorial, que coloca o futuro como algo decidido, são questionados pela complexidade do cenário atual, marcado por “poucas certezas e muitas dúvidas” (Faria, 2009).

Deduz-se, então, que a sociedade moderna criou um modelo ocidental de desenvolvimento industrial/econômico (capitalista) tão complexo e avançado que faltam meios eficientes de controle e disciplina na atual sociedade de risco pós-industrial, mormente porque ao direito, após a segunda metade do século XX, foi colocada a tarefa de assegurar a ordem econômica, ou seja, ser o suporte regulatório. Entre outras questões, então, o direito na modernidade tornou-se regulação sem emancipação.

A emancipação visa orientar a vida prática dos cidadãos, pressupondo a adoção de uma ética que não deveria ser antropocêntrica e individualista, muito menos buscar a responsabilidade de outros pelas consequências imediatas. A ética emancipada verte-se de uma relação do homem com o meio ambiente.

Nesse sentido, a emancipação articula-se com o princípio da comunidade, condensando-se as ideias de identidade, comunhão, solidariedade e empatia, sem as quais não é possível a contemplação de uma ética que possibilite o caminhar para uma sociedade global de bem-estar ambiental coletivo.

A emancipação consiste, então, no desenraizamento do que é particular, individual e moderno. Portanto, a emancipação, para esta análise, pode ser definida como o libertar-se, tornar-se independente dos dogmas e paradigmas axioló-

gicos individuais da modernidade rumo a uma compreensão solidária, libertária, empática e coletiva da sociedade.

Todavia, a teoria da sociedade de risco de Beck “é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia” (Leite, 2007, p. 132). Em sua obra *Racionalidade ambiental*: a reapropriação social da natureza, Enrique Leff defende que, na busca por caminhos para a solução dos riscos, emerge uma nova racionalidade ambiental (pensamento que se enraíza na vida).

Por tudo isso, a proliferação dos riscos faz emergir questionamentos ao Estado Constitucional Moderno, e aos paradigmas dogmáticos e jurídicos (olhar técnico, monodisciplinar) da modernidade. À vista disso, neste momento de transição paradigmática o desafio é reconstruir novos caminhos, para uma segurança solidária e emancipatória, “onde o homem não seja prisioneiro e não esteja ameaçado por suas próprias conquistas” (Bello Filho, 2004, p. 77), construir novos cenários, novos espaços públicos para a governança ambiental global.

Governança ambiental global: espaço público transnacional e o direito transnacional⁸

Neste início do século XXI, como se mencionou anteriormente, delinearam-se novos papéis ao Estado e à sociedade, que vive um momento histórico marcado por diversas crises. Assim, cabe à racionalidade jurídica contemporânea ultrapassar o olhar técnico,

dogmático e monodisciplinar próprio da modernidade, havendo necessidade de novos paradigmas que se indicam como caminho rumo a uma compreensão emancipatória, para a construção de uma sociedade segura na era do risco na transição paradigmática.

Não obstante, essa nova compreensão do direito deve constituir direitos a serem fruídos na perspectiva emancipatória e coletiva, portanto, inapropriáveis individualmente.

Esclarece-se que esses novos direitos justificam-se na criação de espaços de participação social/coletiva, representando, portanto, o retorno do homem na tomada de decisões, ainda que não seja possível atualmente prever os riscos destas. Contudo, o direito emancipatório busca, na dimensão ética, solidária, e na perspectiva plural, a partir da expressão da moralidade coletiva, construir novos caminhos para uma governança ambiental global e, por conseguinte, uma sociedade transnacional mais segura.

Na sociedade de risco, são lançados novos desafios ao Estado, à sociedade e ao direito, com o fim de servir de instrumento de participação popular na tomada de decisões, uma vez que o direito emancipatório é um direito multicultural⁹.

Todavia, nem tudo estará resolvido pela simples passagem do direito individual para um direito emancipatório, de participação social/coletiva no âmbito estatal ou da transnacionalidade, sobretudo porque a passagem das carências para os riscos torna necessária a substituição da decisão estatal por

A PROLIFERAÇÃO DOS RISCOS FAZ EMERGIR QUESTIONAMENTOS AO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO, E AOS PARADIGMAS DOGMÁTICOS E JURÍDICOS

decisões democráticas tomadas em lugares distintos do Estado, promovendo um pluralismo jurídico muito diferente daquele apresentado como forma de regulação durante a modernidade (Morais, 2009).

Portanto, um conjunto de preocupações se põe aos juristas, uma vez que o dilema ambiental ultrapassa a lógica estruturante da modernidade e, por conseguinte, do Estado Constitucional Moderno e do seu direito, submetido aos estritos limites da sua territorialidade e de suas fórmulas sancionatórias (Morais, 2009).

Dessa forma, **François Ost** (1995, p. 355) afirma que a questão ambiental e a sua regulação precisam de uma compreensão mais global:

“Do local (a ‘minha’ propriedade, a ‘minha’ herança) conduz ao global (o patrimônio comum do grupo, da nação, da humanidade); do simples (tal espaço, tal indivíduo, tal facto físico), conduz ao completo (o ecossistema, a espécie, o ciclo); de um regime jurídico ligado em direitos e obrigações individuais (direitos subjectivos de apropriação e obrigações correspondentes), conduz a um regime que toma em consideração os interesses difusos (os interesses de todos, incluindo os das gerações futuras) e as responsabilidades colectivas; de um estatuto centrado, principalmente, numa repartição-atribuição estática do espaço (regime monofuncional da propriedade), conduz ao reconhecimento da multiplicidade das utilizações de que os espaços e recursos são susceptíveis, o que relativiza, necessariamente, as partilhas de apropriação.”

Nesse contexto, **Canotilho** (2001) teoriza sobre a necessidade de compreensão de um postulado globalista, que consiste na proteção do ambiente para além da realizada pelos sistemas jurídicos nacionais, devendo-se levar em consideração também os sistemas jurídicos políticos internacionais, supranacionais e transnacionais.

Assim sendo, a proteção socioambiental impõe sob todas as suas

facetas um tratamento inovador, o que repercute também na perspectiva das políticas e práticas do Estado e para além do Estado, visto que não se submetem aos limites territoriais da ordem jurídica moderna e a suas estratégias¹⁰.

Destarte, será preciso um novo direito, ou melhor, uma nova forma regulatória para um interesse novíssimo (Morais, 2009), lembrando que: “a proteção sistemática e global do ambiente não é uma tarefa solitária dos agentes públicos, antes exige novas formas de comunicação e de participação cidadã” (Canotilho, 2001, p. 06). Outrossim, será necessária a criação de espaços públicos de direitos transnacionais que possibilitem uma governança ambiental global (Exty; Ivanova, 2005, p. 11).

Para **James Gustava Speth** (2005, p. 17), podem-se destacar três caminhos para a governança ambiental: primeiramente, o surgimento de novas instituições e novos procedimentos de regulação nacional e internacional; por conseguinte, será necessário incentivar de baixo para cima, encorajando as iniciativas dos novos atores políticos tais como as ONGs e os governos locais. Por fim, é preciso atacar mais diretamente as causas subjacentes da degradação ambiental, tais como o aumento do crescimento populacional, da pobreza e do subdesenvolvimento. Vislumbra-se na transnacionalidade do direito, da proteção socioambiental, novos caminhos para legitimar a governança ambiental global, sobretudo porque

“o meio ambiente global é um sistema mais integrado do que a economia global. E é ainda mais fundamental para o bem-estar do ser humano. Ele recebe o impacto das atividades humanas, por isso requer gerenciamento coletivo. A principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do

ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção do seu entorno natural” (Garcia, 2009, p. 175-176).

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar (2009, p. 58) propõem como emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos, espaços públicos transnacionais, que deverão estar livres das amarras ideológicas da modernidade. O adequado tratamento da proteção socioambiental somente poderá ocorrer a partir do novo pacto de civilização – um novo contrato, que não poderá mais estar preso à busca da liberdade (paradigma axiológico da modernidade), mais comprometido com a preservação da vida em todas as suas formas, bem como na busca por uma qualidade de vida que será possível por meio da busca de novos mecanismos institucionais que assegurem a materialização da solidariedade transnacional.

Essa nova demanda transnacional caracteriza a emergência de novos cenários e novas instituições políticas e jurídicas transnacionais (nova governança ambiental global) que possibilitem a politização das discussões e a criação de direitos transnacionais destinados a regular e limitar os poderes decorrentes dos fenômenos da globalização e da transnacionalização, representando uma nova regulação jurídica permeada de conceito de natureza social, políticas e econômica, e que permita a retomada de espaços democráticos, portanto, de participação da coletividade na promoção, na defesa e na proteção dos direitos atinentes à sociobiodiversidade.

Considerações finais

A relativização do conceito tradicional de soberania como poder supremo do Estado, em face do fenômeno da globalização e da transnacionalização da economia mun-

dial, e a conseqüente interdependência dos Estados teriam levado ao feneçimento do Estado Constitucional Moderno, questionando-se suas funções na pós-modernidade, sobretudo a proteção dos direitos socioambientais no âmbito do Estado-nação, o que, por conseguinte, pode ter levado à crise ambiental e social em nível local e global.

Contudo, delineiam-se novos papéis aos Estados e às sociedades no que tange à proteção socioambiental, que se desvelaria em resgatar a natureza emancipatória, pluralista, difusa e coletiva dos direitos socioambientais. Isso só seria possível com a sustentação de uma democracia renovada (sustentada), que possa garantir a autonomia social no âmbito transnacional, incorporando-se a tutela de novos direitos difusos, assentando-se para tanto num novo paradigma de solidariedade humana (ver o outro como um de nós) (Habermas, 2001, p. 26), projetando-se a humanidade a um patamar de concretização de uma vida mais humana, digna e saudável a todos os membros, assegurando-se, dessa forma, relações mais justas, garantidoras do atendimento das necessidades fundamentais do homem.

Os Estados e as sociedades civis organizadas deveriam, na transnacionalidade de proteção socioambiental, implementar a concepção de justiça socioambiental, ou seja, de distribuição equitativa de riscos, custos, benefícios ambientais e sociais. Portanto, resultando em igual acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios de caráter ambiental, traduzindo-se na democratização desses processos decisórios.

Os Estados e as sociedades civis deveriam, na transnacionalidade de proteção socioambiental, implementar instrumentos democráticos transnacionais que seriam regidos

pelos princípios ecológicos, condensando-se em novas formas de participação política numa democracia sustentada que pressuponha a afirmação dos direitos humanos e a concretude normativa dos direitos fundamentais em âmbito transnacional, ou seja, que possam garantir uma democracia que vai mais além do pensar moderno e possibilitem uma governança socioambiental global. ■

Notas

1 Carlos Alberto Molinaro (2006) diz o seguinte: “O adjetivo socioambiental, tenciona superar a dicotomia público/privado, qualifica as políticas públicas ambientais com os movimentos sociais, estabelece uma metodologia da ação social e ambiental, via um juízo crítico informado pelas políticas ambientais, promovendo uma pedagogia ambiental explícita, afirma o ambiente como ‘um lugar de encontro’, onde se dá a totalidade das relações, vale dizer um espaço físico apropriado para o exercício das ações socioambientais, promovendo um conjunto complexo de condições sociais, morais, naturais e culturais que cercam os seres vivos e neles podem influir decisivamente”. E ainda, para Fernanda de Salles Cavedon (2006), o socioambientalismo ‘conjuga fatores ambientais, sociais, econômicos, culturais, políticos e éticos, o socioambientalismo é entendido como um novo paradigma jurídico mais apto a promover a defesa e proteção da sociobiodiversidade’.”

2 Para Frijot Capra (1996, p. 231-232), em uma comunidade ecológica todos estão interligados numa vasta e intrincada rede de relações interdependentes. A teia da vida consiste, portanto, numa “(...) dependência mútua de todos os processos vitais dos organismos – é a natureza de todas as relações ecológicas. O comportamento de cada membro vivo do ecossistema depende do comportamento de muitos outros. O sucesso da comunidade toda depende do sucesso de cada um de seus membros, enquanto que o sucesso de cada membro depende do sucesso da comunidade como um todo”.

3 De acordo com o capítulo 1, preâmbulo da Agenda 21: “A humanidade encontra-se em um momento de definição histórica. Defrontamo-nos com a perpetuação das disparidades existentes entre as nações e no interior delas, o agravamento da pobreza, da fome, das doenças e do analfabetismo, e com a deterioração contínua dos ecossistemas de que depende nosso bem-estar (...)” (AGENDA 21, 1997, p. 9).

4 “(...) processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como imigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e

das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado” (Santos, 2002, p.11).

5 Para Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 12), “(...) a crise do Estado, que potencia a urgência de uma ordem internacional, é afinal a crise do sujeito dessa ordem. No plano interno, parece que essa crise se vai traduzir nos próximos anos no aumento das convulsões sociais, no fundamentalismo religioso, na criminalidade, nos motins motivados pelas iniquidades do consumo, na guerra civil e, em alguns casos, na perda do controle político sobre parte do território nacional. Esta crise do sujeito significa que o sistema mundial capitalista, ao mesmo tempo que transnacionaliza os problemas, localiza as soluções e, efectivamente, dada a crise do Estado, faz baixar o patamar de localização para o nível subnacional”.

6 Conforme José Eduardo Faria (2002, p. 43 e 45), a dogmática jurídica “(...) é o resultado da convergência entre (a) a consolidação de um conceito moderno de ciência, voltado não tanto ao problema da verdade ou falsidade das conclusões do raciocínio científico, mas ao seu caráter sistemático e lógico-formal; (b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento; (c) a separação entre teoria e práxis e a conseqüente afirmação de que um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva; (d) a ênfase à segurança jurídica como sinônimo de certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma”. E ainda, segundo o mesmo autor: “(...) a dogmática jurídica torna possível a redução da experiência jurídica à dimensão estrita da norma. Para tanto, configura o jurídico como uma realidade que se basta a si mesma, ou seja, que é capaz de se auto-fundar e de não ser condicionada nem por poderes coercitivos absolutos nem por ideologias. A dogmática concebe o privado da violência – com uma técnica da produção de mandatos mediante procedimentos que regula sua própria criação; é o direito que gera e molda o próprio direito, enfim, é o direito que se auto-produz. E ao vê-lo não como fato social ou como valor transcendental, porém apenas como um conjunto de regras positivas sob a forma de uma ordem coativa, ela também permite a conversão do pensamento jurídico num aparato conceitual depurado de contaminações valorativas.”

7 No que tange à estrutura técnico-formal, Antonio Carlos Wolkmer (2005, p. 27) explica: “o princípio da generalidade implica a regra jurídica como preceito de ordem abrangente, obrigando a um número de pessoas que estejam em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata (*princípio da abstratividade*) porque objetiva alcançar maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, pois o legislador não pode produzir leis e códigos completos e acabados, não tem condições de prever todos os casos concretos diante das contínuas mudanças da vida social. Por sua vez, a *coercibilidade* é a possibilidade de uso da coação psicológica e material garantida pelo poder político estatal. Trata-se do estado permanente da força ou coação, acionado pelo aparato estatal para constringer ou induzir à

obediência de condutas a serviço das instituições em geral. Por último, o *princípio da impessoalidade* refere-se à situação da norma que tem a pretensão de estender-se a uma quantidade indefinida de pessoas, de modo aleatório e não particularizado.”

8 “O Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais”. E ainda: “(...) o Estado e o Direito Transnacional poderiam ter, enquanto proposta para a discussão, as seguintes características: a) constituição a partir de estados em processos de abdicção intensa das competências soberanas; b) formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais; c) capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes; d) atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros; e) pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental; f) implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária; g) constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso; h) capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo” (Cruz; Bodnar, 2009, 56-57).

9 A palavra multicultural para Bello Filho (2004, p. 90) significa, “(...) várias culturas e várias opções culturais na mesma cultura”.

10 “Graças à quebra do equilíbrio ecológico e à capacidade de destruição embutida na aplicação da técnica de ponta surgiram, no entanto, novos riscos que ultrapassam as fronteiras. ‘Chernobyl’, ‘buraco de ozônio’ ou ‘chuva ácida’ indicam acidentes e modificações ecológicas que, por causa das suas amplas consequências e intensidades, não se deixam mais controlar nos âmbitos nacionais e que, conseqüentemente, ultrapassam a capacidade de ordenação dos Estados singulares” (Habermas, 2001, p. 87).

Referências

AGENDA 21. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 9.

BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

BELLO FILHO, N. B. *Teoria do direito e ecologia*: apontamentos para um direito ambiental no século XXI. FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M. (orgs.). *Estado de direito ambiental*: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 77.

CANOTILHO, J. J. G. Estado constitucional e democracia sustentada. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanis-*

mo e do Ambiente. Coimbra: Coimbra, Ano IV, n. 8, p. 9-16, dez. 2001.

CAPRA, F. *A Teia da Vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CAVEDON, F. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como paradigma para o Sistema Jurídico-Ambiental: Estratégia de proteção da sociobiodiversidade no tratamento dos conflitos jurídico-ambientais. In: *Anais do XV CONPEDI*, Manaus, 2006.

CRUZ, P. M.; SIRVENT, J. F. C. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1431, 2 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8276&p=2>. Acesso em 30 de maio 2009.

CRUZ, P. M.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacional. CRUZ, P. M.; STELZER, J. (orgs.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba, 2009.

DIAS, M. G. S. Direito e Pós-Modernidade. In: DIAS, M. G. S.; MELO, O. F.; SILVA, M. M. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DOBRENKO, B. A Caminho de um Fundamento para o Direito Ambiental. KISHI, S. A. S.; SILVA, S. T.; SOARES, I. V. P. (orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI*: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

EXTY, D. C. IVANOVA, M. H. (orgs.) *Governança ambiental global*: opções e oportunidades. Tradução Assef Nagib Kfour. São Paulo: Senac, 2005.

FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Poucas certezas e muitas dúvidas*: o direito depois da crise financeira. Mimeo, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, H. S. *O risco ecológico e o princípio da precaução*. FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M. (orgs.) *Estado de direito ambiental*: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GALEANO, E. *De perna pro ar*: a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sergio Faraco. 8. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GARCIA, M. L. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, P. M.; STELZER, J. (orgs.) *Direito de transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, J. *O discurso filosófico da Modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manual José Simões Loureiro, Maria Antônia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.

KALDOR, M. Transnacional civil society. In: DUNNE, T.; WHEELER, N. J. *Humann*

Rights in Global Politics. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1999, p. 210.

LEIS, H. R. *Modernidade insustentável*. Petrópolis: UFSC, 1999.

LEITE, J. R. M. Sociedade de Risco e Estado. CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOLINARO, C. A. *Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

MORAIS, J. L. B. *Meio ambiente, cultura, democracia, constituição e pluralismo ou: de como o ambiente espulsa para uma “nova cultura jurídica”*. Disponível em <http://74.125.47.132/search?q=cache:J3ktWRXN-Pgl:www.gemcad-vocacia.com/UserFiles/Publicacoes/meio_ambiente_cultura_democracia_constituicao_e_pluralismo%255B20080515231059%255D.pdf+Jose+Luiz+Bolzan+de+Morais+Democracia+meio+ambiente&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk>. Acesso em 10 de junho de 2009.

MORIN, E. et al. *Terra Pátria*. Tradução Paulo Azevedo Neves da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

OST, F. *A natureza à margem da lei*: a Ecologia à prova do Direito. Coleção Direito e Direitos do Homem. Tradução de Joana Chaves. São Paulo: 1995.

REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIFKIN, J. *La civilización empática*: La Carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Tradução de Genis Sánchez Barverán e Vanessa Casanova. 1a. ed. Madrid: Paidós, 2010.

ROCHA, J. C. C. Formação e transformação do conhecimento jurídico ambiental. KISHI, S. A. S.; SILVA, S. T.; SOARES, I. V. P. (orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI*: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROSA, A. M. Direito transnacional, soberania e o discurso da Law and economics. CRUZ, P. M.; STELZER, J. (orgs.) *Direito de transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, B. S. (org.) *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, B. S.; GARAVITO, C. A. R. (Eds.) *El derecho y la globalización desde abajo*: Hacia una legalidad cosmopolita. Tradução de Carlos F. Morales de Settén Ravina. Barcelona: Anthropos, 2007.

SANTOS, M. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SPETH, J. G. *A agenda ambiental global*: origens e perspectivas. EXTY, D. C.; IVANOVA, M. H. (orgs.) *Governança ambiental global*: opções e oportunidades. Tradução Assef Nagib Kfour. São Paulo: Senac, 2005.

STELZER, J. *O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. In: CRUZ, P. M.; STELZER, J. (orgs.) *Direito de transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO – PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO – PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas (15a. Região)

Doutora (USP – nível de pós-graduação *stricto sensu*)

Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (ANDT-cadeira 70) e da REDLAJ (Rede Latino Americana de Juízes)

Daniel Gemignani

Bacharel em Direito (PUC/SP)

Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho

Resumo

Num mundo pautado pela *lógica do descarté*, que assim tenta enquadrar o próprio ser humano, surge uma nova questão social, marcada por acirradas controvérsias em relação a segurança, saúde e integridade física no meio ambiente de trabalho. Neste contexto é preciso que o binômio *dever ser/sanção*, que estruturou o sistema jurídico da modernidade, passe a revestir-se de uma nova conotação, incorporando os princípios da precaução e prevenção como norte de um novo padrão normativo, a fim de manter sua eficácia na contemporaneidade e resguardar a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas postos pela Constituição de 1988.

Abstract

In a world ruled by the logic of disposal, which just tries to repress human being's dignity, a new social issue arises, marked by hard controversy regarding the safety, health and physical integrity of the employee in the work environment. Courts have interpreted the legal system of modernity in terms of the binomial legal obligation/punishments; now they must interpret them with new meanings. This includes the principles of precaution and prevention as the main directions of a new normative standard. The purpose is to assert fundamental labour rights enforcement and to assure its effectiveness set forth by the 1988 Brazilian Constitution.

A vida é curta demais para ser pequena

Benjamin Disraeli

...a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições e incerteza constante, em que há envelhecimento rápido, obsolescência quase instantânea e veloz rotatividade

Zygmunt Bauman

O ordenamento jurídico da modernidade foi edificado sob o binômio *dever ser/sanção*. As normas de conduta estabelecem determinados comportamentos. Se violadas, ensejam a aplicação de certa penalidade. O Estado-juiz atua somente quando provocado, em caso de ameaça concreta ou após a ocorrência de lesão.

A intensificação do conflito social, que marcou as últimas décadas, veio demonstrar que isso não era suficiente para que o direito pudesse cumprir seu objetivo de dirimir conflitos e obter a pacificação social com justiça.

Nestes tempos de sociedade líquida, como define o sociólogo **Zygmunt Bauman**, a estratégia de obsolescência programática, que num primeiro momento foi engendradora para estimular a atividade econômica, chegou a um impasse.

Com efeito, o que se convencionou denominar “obsolescência programada” surgiu como alternativa na primeira metade do século passado, visando estimular a atividade industrial para superar a grande depressão causada pelo *crash* de 1929. Consistia na prática de reduzir a vida útil dos equipamentos para poder vender mais e, assim, impulsionar a retomada econômica. Com o tempo, consertar o que estava quebrado ficou tão caro que era melhor jogar fora e comprar um novo. Jogar fora o *velho* produto e comprar a última novidade tecnoló-

gica deveria ser estimulado, porque, se as pessoas continuassem a comprar, a atividade econômica permaneceria aquecida e todos teriam emprego.

Entretanto, a intensificação deste processo de troca do *velho* (embora ainda passível de conserto) pelo novo, também levou ao desperdício de grandes quantidades de matéria-prima, água e energia, não só das utilizadas na produção do que está sendo *jogado fora*, mas também do que é freneticamente produzido para durar pouco, o que vem causando sérias preocupações quanto ao esgotamento dos bens da natureza, provocando danos ao ecossistema e ao meio ambiente, e comprometendo as condições de vida das próximas gerações.

Neste sentido, o documento intitulado *O futuro que queremos*, recentemente divulgado pela Organização das Nações Unidas¹, chama a atenção para a importância de uma governança ambiental, diretriz que serve de referência também para o ambiente onde o trabalhador passa grande parte de sua vida produtiva.

Mas não é só.

Este *modus operandi* marcado pela *lógica do descarte*, calcado na ideia matriz de que tudo tem que ser substituído rapidamente, vem gerando uma mentalidade que passou a ser aplicada também em relação à própria pessoa do trabalhador, sua segurança, saúde, integridade física e mental.

Este artigo se propõe a examinar tais questões, focando a análise em seus desdobramentos no meio ambiente de trabalho e os efeitos que provoca na formação de um novo padrão normativo.

2. A lógica do descarte

O intercâmbio comercial trouxe muitos benefícios para a humanidade. A troca de produtos, serviços e

informações sempre se constituiu um importante motor de desenvolvimento.

Entretanto, na contemporaneidade, a lógica da *compra/venda* passou a monitorar os demais atos da nossa vida, aniquilando o conceito de valor e substituindo-o pela ideia de preço. Assim, pouco importa o valor, basta saber qual é o preço.

O mais assustador é que essa mentalidade vem sendo aplicada também ao ser humano, destituindo-o da condição de sujeito e transformando-o em objeto passível de troca, cujo “preço” é aferido pela possibilidade “de uso”.

Nesta toada, pouca importância se dá às condições de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho pois, quando um trabalhador fica incapacitado, é fácil descartá-lo e substituí-lo por um *novo*.

Se durante todo o século XX lutamos bravamente para impedir que o trabalho fosse reduzido à situação de mercadoria, no início deste novo século nosso desafio é maior ainda: impedir que a própria pessoa do trabalhador seja reduzida à condição de mercadoria, num momento em que a descoberta de novas tecnologias e a exigência de intensificação dos ritmos das tarefas tem precarizado o meio ambiente de trabalho, aumentando os acidentes e provocando o surgimento de novas doenças².

Neste contexto, revelam-se cada vez mais insuficientes as singelas respostas até hoje oferecidas, seja a consistente no pagamento de um adicional pela prestação laboral em condições de insalubridade e periculosidade, seguida de um rápido “descarte” do ser humano quando perde seu “uso”, seja a sedimentação da que se pode denominar “cultura do EPI-Equipamento de Proteção Individual”, que transfere ao empregado o ônus de se proteger

dos riscos ambientais como algo natural, ao invés da adoção de equipamentos de proteção coletivo, os denominados EPC, ou de modificações na organização do trabalho, de modo que o meio ambiente de trabalho seja adequado ao ser humano, que despense lá importante parte de seu tempo de vida³.

3. Repristinação da questão social?

A chamada *questão social* começou a aflorar com maior intensidade em meados do século XIX, em decorrência das penosas e adversas condições de trabalho que provocavam lesões cuja reparação não encontrava resposta no direito comum.

A necessidade de construir um novo direito, que olhasse além das teóricas categorias jurídicas codificadas e prestasse mais atenção à realidade da vida e dos fatos cotidianos, teve que percorrer um longo caminho até conseguir a edificação de uma nova base axiológica, que lhe desse suporte para a autonomia, tarefa para a qual, na América do Sul, tanto **Cesarino Junior**⁴ quanto **Américo Plá Rodriguez**⁵ contribuíram de forma significativa, para a consolidação do direito do trabalho como ramo autônomo, regido por conceitos próprios, assim passando a regular o mundo peculiar das relações trabalhistas.

Entretanto, as décadas finais do século XX registraram mudanças significativas, inclusive na maneira de trabalhar e na organização dos núcleos produtivos. A grande fábrica fordista deu lugar a conglomerados autônomos, marcados por atuação interrelacionada e pela intensificação do ritmo de trabalho.

A utilização do telefone celular e do computador transformaram as ferramentas de trabalho, aumentando as horas à disposição do empregador e invadindo os tempos da

vida privada, criando de maneira camuflada e sub-reptícia novas formas de servidão.

O estímulo à atividade econômica, mediante a generosa concessão de financiamentos por longo prazo, veio formatar aquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman⁶ define como *vida a crédito*. Explica que antes, na sociedade dos produtores, o “adiamento da satisfação costumava assegurar a durabilidade do esforço do trabalho”, por isso era preciso sacrificar o presente para poder gozar no futuro. Hoje, na sociedade dos consumidores, é preciso garantir a “durabilidade do desejo”, gozar acelerada e exaustivamente o presente, vivendo “de crédito”, cuja amortização se dará posteriormente, obrigando o ser humano a trabalhar intensamente para poder pagar o extenso rol dos débitos que assumiu na pretensa satisfação de desejos que nunca terminam, gerando novas situações de servidão que vão formar o caldo de cultura para o ressurgimento da questão social.

Embora se apresente com nova roupagem, na verdade o que ocorre é uma repriminção da questão social do século XIX, que volta com força ante a dimensão da lesão que se avizinha, exigindo novas formas de proteção jurídica para evitar que o estado de constante servidão transforme o ser humano num objeto descartável.

Ao lado de um movimento de ascensão do individualismo, marcado pelo mote nietzschiano⁷ “devo completar-me de mim mesmo”, e de rejeição do solidarismo, que tem reduzido a participação dos trabalhadores na vida sindical, observa-se uma preocupante intensificação das macrolesões, notadamente no meio ambiente de trabalho, trazendo para o foco da discussão a questão dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando em cheque o modelo de acesso à justiça

pela categorização de interesses e direitos.

Por isso **Cássio Scarpinella Bueno**⁸ chama atenção para a necessidade de aprimorar, ampliar e otimizar a eficiência do acesso coletivo à justiça, superando a baliza da categorização. Ressalta que:

“(…) os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e os individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São – é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente, – a classificação feita pela lei brasileira – formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares.”

O meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise deve ser feita sob a perspectiva constitucional.

Com efeito, a constitucionalização dos direitos trabalhistas é a resposta que vem sendo apresentada pelo sistema normativo à nova questão social surgida na contemporaneidade, apontando para a edificação de um novo padrão axiológico, que a doutrina vem sedimentando na aplicação dos direitos fundamentais também às relações entre particulares, superando o antigo modelo que os restringia às relações do cidadão com o Estado.

Conforme já ressaltamos em outro artigo⁹, uma “das características mais expressivas da pós-modernidade, que marca a época contemporânea, é a intensificação das relações de poder entre os particulares”. Num momento de fragilidade das instituições, o sistemático descumprimento da lei, causado pelo descrédito em sua atuação coercitiva, tem acirrado as disputas de

poder nas relações privadas, entre as quais as trabalhistas. Quando se trata de meio ambiente de trabalho, essa relação entre particulares se reveste de especial importância, porque gera efeitos ainda mais amplos, em decorrência das consequências que pode provocar em seu entorno social.

4. As consequências

O direito de trabalhar num ambiente saudável e seguro, disposto no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal ao garantir a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, alberga direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso, reveste-se de inequívoca *socialidade*, por ser evidente o predomínio do interesse social sobre o meramente individual, assim ensejando a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade, pois os efeitos provocados não atingem apenas as pessoas dos contratantes, de modo que se revela insuficiente a alternativa de apenas pagar um adicional (de insalubridade ou periculosidade) ao invés de melhorar, de forma efetiva, as condições do meio ambiente do trabalho.

O trabalhador acidentado, “descartado do processo produtivo”, vai engrossar a legião dos excluídos, passando a ser sustentado pela previdência, num momento em que o modelo conhecido como *Estado do bem-estar social* se desintegra a olhos vistos.

Neste contexto, qual a função do direito?

5. A função promocional do direito

Como bem ressaltou **Norberto Bobbio**¹⁰,

“(…) não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para *garanti-los*, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da função promocional do direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente se tornam cada vez mais importantes.

Em relação ao trabalhador, assegurar meio ambiente de trabalho seguro e saudável evita lesões incapacitantes ainda na idade produtiva, diminuindo os custos da previdência social com afastamentos por doenças e aposentadorias precoces. Também evita inegável dano à sociedade, pois um trabalhador acidentado ou doente, que é “encostado”, leva para a exclusão social toda sua família. A queda da renda prejudica os filhos, que tem sua formação profissional comprometida porque precisam entrar mais cedo no mercado de trabalho, a fim de contribuir para o próprio sustento.

A intensificação do ritmo das obras de construção civil, *exempli gratia* as premidas pelos curtos prazos de entrega e conclusão em virtude da Copa do Mundo, a ser realizada no Brasil em 2014, vem delinear um quadro preocupante, pois leva à inequívoca precarização das regras de segurança, o que pode aumentar, e muito, o número de acidentes e doenças profissionais.

Portanto, é chegado o momento de ponderar que, para garantir meio ambiente saudável e equilibrado no local de trabalho, não basta efetuar

pagamentos por danos já ocorridos, cujos efeitos, via de regra, são irreversíveis e a *restitutio in integrum* impossível. É preciso *agir antes*. Nesta perspectiva, as ideias de precaução e prevenção entram no ordenamento como princípios reitores da edificação de um novo modelo de normatividade, pois têm o escopo de *evitar que o dano ocorra*.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a Convenção 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para preservação da segurança e saúde, por constatar que a maioria dos danos ambientais de grande proporção está relacionada ao desempenho de uma atividade econômica e exercício de um trabalho.

No entanto a Convenção 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e sobre meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo 2/1992 e Decreto 1.254/94). O disposto em seu artigo 3º, alínea “e”, estabelece que a saúde não pode ser definida apenas como “ausência de doenças”, abrangendo também os “elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”. Em seu artigo 4º, item 2, determina que a política estatal deve ser direcionada para

“(…) *prevenir* os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, *reduzindo* ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as *causas dos riscos* inerentes ao meio ambiente de trabalho. (g.n.)

A Convenção 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo 86/1989 e Decreto 127/91), caminha neste mesmo sentido, ao priorizar em seu artigo

1º, I e II, as funções essencialmente preventivas dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os

“I. requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho;

II. a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental.”

Assim, o antigo critério de limitar a atuação da norma à exigibilidade do pagamento de um adicional pela precarização das condições de saúde e segurança, provocada pela prestação laboral em condições adversas de insalubridade e periculosidade (a execrada *monetização do risco*), não pode mais subsistir.

Desde o julgamento do RE 466.343-SP, o STF vem adotando as razões de decidir exaradas no voto do ministro **Gilmar Mendes**, apontando para uma nova hermenêutica no sentido de que, em conformidade com o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, os preceitos internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC/45 entram no ordenamento jurídico nacional como norma supralegal.

Portanto, a alusão à “lesão ou ameaça de direito”, constante do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, no que se refere ao meio ambiente de trabalho, deve ser interpretada sob a ótica de uma nova mentalidade. Ao invés da atuação restritiva, como resposta a ameaça concreta ou lesão já consumada, deve prioritariamente evitar a ocorrência da lesão, diretriz calcada nos princípios da precaução e da prevenção, que passam a ser aplicados e ter efeitos irradiantes também no direito trabalhista.

Neste sentido a reflexão de **Norma Sueli Padilha¹¹**, ao ressaltar que

“(…) quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma *sadia qualidade de vida* necessita viver neste ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.”

A leitura da matriz constitucional deve atentar para os novos tempos vividos neste início de século, em que a “economia capitalista produz uma enorme instabilidade, que ela é incapaz de dominar e controlar... e muito menos de evitar – assim como é incapaz de corrigir os danos perpetrados por essas catástrofes”, como alerta Zygmunt Bauman¹², o que gera efeitos relevantes quando se trata de saúde e segurança no trabalho.

6. O princípio da precaução e o princípio da prevenção

Tanto o princípio da precaução, como o da prevenção, atuaram decisivamente na formação do direito ambiental. Com o tempo a doutrina, que os reputava sinônimos, evoluiu no sentido de constatar e demonstrar que se tratavam de conceitos distintos.

Explica **Germana Parente Neiva Belchior**¹³ que o *princípio da prevenção* exsurge expressamente do constante dos incisos II, III, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da CF/88. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o *princípio da precaução* consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a

necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial, como esclarece **Paulo Affonso Leme Machado**¹⁴.

Cristiane Derani¹⁵ ressalta que a aplicação do princípio da precaução almeja “garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo” e, por isso, antecede a sua manifestação. É um comportamento de cautela, que visa precaver-se para evitar um possível risco, ainda que indefinido, procurando reduzir o “potencial danoso oriundo do conjunto de atividade”. Precaução é atitude de cuidado, *in dubio pro securitate*, que assim surgiu como linha mestra do direito ambiental, cuja aplicação passa a ter importância cada vez maior, inclusive em se tratando de meio ambiente do trabalho, notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que no parágrafo único do artigo 927 agasalhou a teoria do risco na fixação da responsabilidade objetiva.

Marcelo Abelha Rodrigues¹⁶ esclarece que, enquanto “a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto”.

Neste contexto, torna-se imprescindível proceder à leitura constitucional dos preceitos, como enfatiza **José Afonso da Silva**¹⁷, de modo que tais princípios encontram fértil campo de aplicação também no meio ambiente de trabalho. O empregador que deixa de garanti-los em condições equilibradas de saúde

e segurança viola também o princípio da boa-fé objetiva e desatende à função social do contrato de trabalho, cujos efeitos vão muito além da pessoa dos contratantes, atingindo o entorno social em que estão envolvidos.

Em escala mundial, o desafio de se criar uma “economia verde”, eleito pela ONU como tema central da Rio+20, está imbricado com o meio ambiente de trabalho, por implicar a adoção de um novo tipo de sistema produtivo, marcado pela eficiência no uso dos recursos naturais e garantia de inclusão social pelo solidarismo, a fim de construir um modelo de desenvolvimento sustentável para todos.

O tema é abordado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) desde 2008, quando foi lançada a iniciativa para uma economia verde, questão que notoriamente espraia seus efeitos para as relações trabalhistas.

Isto porque a preservação do meio ambiente, incluído o do trabalho, exerce forte influência na quantificação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), cuja aferição considera, além da média de desenvolvimento, as diferenças nos indicadores de renda, educação e saúde entre a população. O relatório divulgado em novembro de

**POUCA
IMPORTÂNCIA SE
DÁ ÀS CONDIÇÕES
DE SEGURANÇA E
SAÚDE NO MEIO
AMBIENTE DE
TRABALHO POIS,
QUANDO UM
TRABALHADOR
FICA
INCAPACITADO,
É FÁCIL
DESCARTÁ-LO**

2011 pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) mostra o Brasil em 84º entre 187 nações¹⁸, marca que não se revela aceitável.

7. Da responsabilidade. Teoria da menor desconsideração

No que se refere à responsabilidade é necessário tecer algumas reflexões.

O artigo 50 do Código Civil de 2002 adotou a *teoria da maior desconsideração*, que admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, assim conceituado quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial, imputando à pessoa física dos sócios a responsabilidade pelos débitos inadimplidos da pessoa jurídica.

Nestes casos haverá desvio de finalidade quando a personalidade jurídica for utilizada com fins diversos daqueles para os quais foi constituída. A confusão patrimonial ocorrerá quando houver dificuldade para saber de quem é determinado patrimônio, se do sócio ou da empresa, quando aquele se utiliza reiteradamente do patrimônio desta, sem haver qualquer tipo de controle.

Importante registrar que critério inverso vem sendo adotado em situações contrárias. Há decisões recentes aplicando a teoria inversa de desconsideração¹⁹, também com fundamento no artigo 50 do Código Civil, atribuindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela quitação dos débitos contraídos pela pessoa física, a fim de impedir o desvirtuamento de bens em prejuízo do credor.

O direito ambiental também aplica a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive quanto ao critério inverso, mas vem trilhando outra vertente, para tanto aplicando a *teoria da menor desconsideração* explicitada no artigo

4º da Lei 9.605/98, estabelecendo que poderá “ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, ou seja, independentemente de ter ocorrido abuso, conceito que encontra guarida nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho. Destarte, a imputação de responsabilidade ocorre de forma mais ampla, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado.

8. Do ônus da prova

A inversão do ônus da prova pode decorrer de lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*). A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando seu comportamento processual conforme o ônus atribuído a cada uma delas (aspecto subjetivo).

A diretriz, até então adotada de forma majoritária, no sentido de que a inversão *ope judicis* ocorreria por ocasião do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão), vem sendo cada vez mais questionada, pois o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), que assim atuam na fase de instrução.

Previsão neste sentido consta do art. 358, parágrafo 1º, do novo Projeto de Código de Processo Civil (PL 166/2010).

Em julgamento proferido no Resp 802832/MG – Recurso Especial 2005/0203865-3 – STJ 2a. Seção – 13/04/2011 – publicado DJE 21/09/2011, o relator, ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**, ressaltou ser preciso estabelecer uma diferenciação entre as duas modalidades de inversão do ônus da prova:

Quando *ope legis*, a própria lei, atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica, excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecido nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Nessas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

Quando *ope judicis*, ou seja, a inversão decorre da determinação do magistrado, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho respalda a inversão do ônus e sua imputação ao empregador, não só porque é ele quem tem maior aptidão para produzir a prova, mas também porque cabe a ele a adoção e a efetiva implementação das condutas de prevenção e precaução.

Nestes casos, qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine e inversão da distribuição do ônus probatório?

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento, a fim de evitar o *non liquet*, pois as consequências da falta de comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova. Trata-se do aspecto *objetivo* do ônus da prova, que é dirigido ao juiz.

No entanto, o aspecto *subjetivo* da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Com efeito, parti-

cipará da instrução probatória com maior empenho a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo. Portanto, como a distribuição do encargo probatório influi decisivamente na conduta processual das partes, elas devem ter exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Portanto, como o empregador é o responsável por adotar condutas de precaução e prevenção para garantir meio ambiente de trabalho seguro, detém melhor aptidão para a produção da prova, de modo que quando a inversão se opera *ope judicis*, assim deve ser explicitado pelo juiz na fase de instrução, a fim de conferir maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, preservando o devido processo legal e evitando a insegurança jurídica.

9. A edificação de um novo padrão normativo trabalhista

Além do artigo 5º já ter incluído no sistema as convenções internacionais que tratam do meio ambiente do trabalho, e os artigos 6º e 7º, inciso XXII, considerarem a saúde e a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental, a Constituição Federal do Brasil estabeleceu no inciso VIII do artigo 200 que ao sistema único de saúde compete colaborar na proteção do meio ambiente, “nele compreendido o do trabalho”, enquanto o artigo 225 atribui a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, assim incluindo o meio ambiente do trabalho.

As novas formas de trabalhar e os diferentes modos de organização produtiva provocaram o surgimento de uma nova questão social. Em conhecido filme, que foi sucesso de

público²⁰ por retratar a complexidade dos novos desafios contemporâneos, ao se deparar com uma situação em que o personagem interpretado por Edward Norton é tratado como objeto descartável, igual “aos sachês de adoçante servidos com o café”, além de suportar constante pressão no trabalho para entregar inúmeros relatórios com rapidez, apresentando dificuldades para dormir, o ator Brad Pitt manifesta veementemente inconformismo com estilo de vida que o obriga a trabalhar em situações adversas, com o objetivo de ter dinheiro e poder trocar incessante e desnecessariamente carros, móveis e utensílios da casa, além de comprar objetos que não precisa, para garantir um espaço de inclusão e evitar ser descartado da vida em sociedade.

No século XXI a questão social surge imbricada com a conscientização de ser preciso evitar que a disseminação da perversa *lógica do descarte* seja aplicada ao próprio ser humano no ambiente de trabalho, de sorte que a precaução e a prevenção, princípios que inicialmente atuaram na formação do direito ambiental, passam a permear também a edificação de um novo padrão normativo trabalhista, pois é impossível dissociar o envolvimento e comprometimento da pessoa do trabalhador com a prestação do trabalho, submetido a certas condições, num determinado local.

A intensificação da violência na sociedade e seus reflexos no ambiente de trabalho, onde pessoas têm que conviver por longos períodos num local em que via de regra há elevado nível de *stress*, vêm

desencadeando novas doenças e lesões, que comprometem a integridade física e mental, levam ao absenteísmo elevado e decréscimo de produtividade, causando prejuízo a todos os envolvidos. Neste contexto, pautar normas de conduta pelos princípios da precaução e prevenção fortalece a efetividade e confere ao direito do trabalho musculatura mais vigorosa para lidar com os novos desafios, fazendo valer o princípio da *não reversibilidade dos direitos fundamentais*. Como destaca **Cristina Queiroz**²¹, os direitos fundamentais “devem ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma *cultura jurídica e política* determinada, numa palavra, um concreto e objetivo *sistema de valores*”.

Esta interpretação encontra amparo em nossa Carta Política, que fixa diretriz assentada em um tripé

formado pela inter-relação entre o crescimento econômico, a proteção ambiental dos recursos naturais do planeta e a garantia de ambiente seguro, saudável e equilibrado no local da prestação laboral, a fim de preservar a saúde física e mental do trabalhador, padrão axiológico que imputa ao direito de propriedade e

ao contrato de trabalho uma função social, além de exigir a observância da boa-fé objetiva.

Importante registrar que na seara trabalhista já há um arcabouço infraconstitucional para sustentação deste modelo. Com efeito, o inciso I do artigo 157 da CLT imputa às empresas a obrigação de “cumprir e fazer cumprir” as regras de segu-

PARA GARANTIR MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E EQUILIBRADO NO LOCAL DE TRABALHO, NÃO BASTA EFETUAR PAGAMENTOS POR DANOS JÁ OCORRIDOS

rança, enquanto o item II, do mesmo artigo, a de “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”, e o artigo 158 atribui aos empregados o encargo de “observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções” acima referidas.

A instituição da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (NR 5), do SESMT – Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR 4), do PPRA – Programa de Prevenção de riscos ambientais (NR 9) e do PCMSO – Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (NR 7) foram iniciativas pioneiras que demonstraram a importância da conduta de prevenção e precaução para evitar lesão à saúde do trabalhador, abrindo uma nova senda quanto à edificação do padrão normativo destinado a disciplinar o meio ambiente de trabalho.

Também os institutos do *embargo* e da *interdição*, colocados à disposição da Inspeção do Trabalho pelo art. 161 da CLT, voltam-se para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Nos termos do item 1º da Norma Regulamentadora n. 3, com redação dada pela Portaria SIT 199/2011, são o “embargo e [a] interdição (...) medidas de urgência, adotadas a partir da constatação de situação de trabalho que caracterize risco grave e iminente ao trabalhador”. Por risco grave e iminente entende-se, com fulcro no artigo 2º, § 1º, da mesma Portaria MTE 40/2011, tratar-se de “toda condição ou situação de trabalho que possa causar acidente ou doença relacionada ao trabalho com lesão grave à integridade física do trabalhador”.

Após longo embate acerca da natureza dos institutos do embargo e da

interdição, o Ministério do Trabalho fixou o entendimento, sedimentado no art. 21 da Portaria MTE 40/2011, de que não se tratam de medidas sancionatórias, mas, sim, acautelatórias, adotadas em caso de grave e iminente risco ao trabalhador. Tanto assim é que o referido artigo não impede sejam lavradas autuações por infrações constatadas, incorrendo, portanto, qualquer forma de *bis in idem*, bem como não há qualquer necessidade de ao embargo ou à interdição corresponder, necessariamente, uma infração à legislação trabalhista. O critério é, assim, o grave e iminente risco, o fundamento, a imprescindível prevenção/precaução de acidentes ou doenças do trabalho e, o mote, a saúde e segurança do trabalhador²².

O Decreto 7.602, de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), prioriza as ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, apontando para a necessidade de eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

Estabelece a inserção de tais disposições num Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, estruturado sobre as seguintes diretrizes:

a) inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;

b) harmonização da legislação e articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;

c) adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;

d) estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;

e) promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;

f) reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores; e

g) promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.

Ademais, além da imputação de responsabilidade subjetiva ao empregador, “quando incorrer em dolo ou culpa”, como prevê o inciso XXVIII do art. 7º da CF/1988, o art. 927 do Código Civil trouxe à baila a questão da responsabilidade objetiva, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A configuração do que é atividade de risco tem gerado muita controvérsia, não só doutrinária mas também jurisprudencial. A Convenção 155 da OIT em seu artigo 11, inciso *b*, imputa às autoridades competentes o dever de controlar “as operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização”, assim como “a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho”, devendo “ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultâneas a diversas substâncias ou agentes”, o que demonstra a importância de adotar no ambiente de trabalho condutas e procedimentos em conformidade com os princípios da precaução e prevenção.

O artigo 21-A da Lei 8.213/91 prevê a caracterização da natureza acidentária da incapacidade apresentada quando constatado nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e a lesão, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID). Para afastá-lo, conforme preceituado nos parágrafos 1º e 2º,

cabe ao empregador o ônus de demonstrar a inexistência do nexos, o que inclui a comprovação de que tomou todas as providências necessárias para a precaução e a prevenção da ocorrência da lesão.

Em relação aos trabalhadores expostos a agentes nocivos à saúde, desde 2004 o empregador é obrigado a entregar na rescisão contratual o documento denominado *perfil profissiográfico previdenciário* (em lugar do anterior DIRBEN-8030), que deve conter as informações referentes à atividade exercida e ao meio ambiente de trabalho, conforme prevê o artigo 58 da Lei 8.213/91 e a IN INSS/DC 96/2003. O parágrafo 2º do artigo anteriormente referido consigna que deste documento deve constar se é adotada no local de trabalho “tecnologia de proteção coletiva ou individual, que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre sua adoção pelo estabelecimento respectivo”, o que denota a importância dos princípios da precaução e da prevenção.

Conforme dados apresentados pelo TST²³, há mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano no Brasil e a média de sete mortes por dia, sendo que a Previdência Social gasta R\$ 10,4 bilhões por ano com acidentes de trabalho.

Investir na melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um círculo virtuoso em benefício de todos os envolvidos. Traz vantagens para o empregador, que não perde o tempo e dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado. Reduz o número de acidentes e doenças profissionais, diminuindo os gastos previdenciários com auxílio-doença e aposentadorias precoces, evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os

casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.

Além disso, há outra consequência importante. O artigo 120 da Lei 8.213/91 prevê o ajuizamento, pela previdência, de ação regressiva contra os responsáveis, quando constatada “negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva”. Em observância a tal diretriz, a Recomendação 21/2011 expedida pela CGJT, estabelece que desembargadores e juizes do trabalho encaminhem à Procuradoria da Fazenda Nacional cópias de sentenças/acórdãos que reconheçam a conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, assim possibilitando o ajuizamento dessas ações regressivas.

Por causa do alto número de acidentes no Brasil, responder a tais ações regressivas implicará o gasto de valores expressivos pelo empregador, que deverá incluir o pagamento de despesas médicas, previdenciárias e indenização aos dependentes das pessoas vitimadas ou mortas.

10. A importância da perspectiva preventiva

No início do século passado o médico **Oswaldo Cruz** atuou intensamente para vencer resistências e propagar a ideia de que era melhor prevenir doenças do que tentar curar as que podiam ser evitadas. A conhecida *guerra da vacina* lhe trouxe muitos dissabores, mas deixou seu nome ligado a importante mudança de paradigma, que conferiu um salto de qualidade na vida do brasileiro.

Este desafio está sendo apresentado ao direito um século depois.

As obras afetas à Copa do Mundo de 2014 e, Olimpíadas de 2016, e a exploração do petróleo em águas profundas com o trabalho a ser desenvolvido em plataformas e unidades de perfuração, num modelo que atribui à Petrobras a situação

de operadora de todas as reservas do pré-sal, suscita questionamentos quanto à segurança e condições de saúde no meio ambiente de trabalho, por ser inevitável o enfrentamento de problemas provocados por novas tecnologias que certamente advirão.

Neste contexto, ante a evidente insuficiência da regulação jurídica mera-

mente reparatória da lesão já ocorrida, chega com força a ideia de ser necessário atuar com precaução e bom senso na prevenção dos conflitos, mediante a formatação de um novo padrão de normatividade em relação às questões que tratam do meio ambiente de trabalho²⁴.

Esta nova perspectiva demonstra que, enquanto a reparação do dano já ocorrido é prejuízo e como um número expressivo de acidente de trabalho é evitável, o que se gasta na prevenção é investimento e não custo, pois traz mais segurança para o exercício da atividade econômica e melhor qualidade de vida ao trabalhador. Ademais, garantir condições de trabalho decente confere seriedade ao marco institucional do país e consequente *upgrade* no cenário internacional, além de propiciar inestimáveis benefícios à sociedade brasileira como um todo, ao reduzir a conflitualidade e aumentar os níveis de bem-estar dos atores sociais.

AS NOVAS FORMAS DE TRABALHAR E OS DIFERENTES MODOS DE ORGANIZAÇÃO PRODUTIVA PROVOCARAM O SURGIMENTO DE UMA NOVA QUESTÃO SOCIAL

Como ressalta o constitucionalista peruano **Omar Cairo Rol-dán**²⁵,

“(...) a conduta dos órgãos públicos e dos cidadãos deve ser coerente com os fins colimados pelo estado Democrático. Dentro deste esquema, a economia deve orientar-se pelo desenvolvimento, garantindo sempre a dignidade e a liberdade das pessoas, para que o desenvolvimento econômico ocorra em conjunto com o bem-estar geral.”

11. A atuação proativa do Poder Judiciário. A experiência de Cuiabá

Esta mudança de eixo torna insustentável a antiga configuração de um Judiciário inerte, que só age quando provocado, exigindo que assuma postura proativa, como um dos agentes de transformação do marco normativo.

Nesta senda, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) organizou em outubro de 2011 um Seminário sobre Prevenção de Acidentes de Trabalho, atento aos sinais que demonstram a possibilidade de intensificação da ocorrência dos acidentes nesta fase de aceleração das obras de construção civil para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. A taxa atual de trabalhadores acidentados na construção civil é de 17,8 por 100 mil habitantes, enquanto a taxa geral é de 6,1 por 100 mil habitantes²⁶, o que vem demonstrar a importância da implementação dos princípios da prevenção e precaução em relação ao meio ambiente de trabalho neste setor de atividade.

Consciente disso, **Osmair Couto**, então presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso, organizou uma audiência pública em novembro de 2011, em que proferi palestra de abertura na condição de desembargadora, ressaltando a necessidade de adotar e divulgar boas práticas, prevenir litígios, reduzir os acidentes de

trabalho e estimular o trabalho decente, destacando a importância da atuação proativa do direito na obtenção da pacificação com justiça e diminuição dos níveis de conflito, através do estímulo à prevenção e à precaução.

O evento contou com a participação de representantes da Secretaria Regional de Trabalho e Emprego (SRTE) do Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho²⁷, sindicatos, prefeituras de Cuiabá e Várzea Grande, Assembleia Legislativa de Mato Grosso, OAB-MT, Associação dos Advogados Trabalhistas (Aatramat) e Associação dos Magistrados do Trabalho de Mato Grosso (Amatra 23).

Durante as discussões, os participantes ressaltaram a necessidade de se adotar medidas para evitar que, ao fim das obras realizadas para a Copa de 2014, não fique para trás um contingente de trabalhadores acidentados ou mesmo sem receber direitos trabalhistas básicos.

Representantes das entidades envolvidas na realização e fiscalização das obras da Copa do Mundo de 2014 na região assinaram a Carta de Compromisso de Cuiabá.

Entre os onze compromissos firmados, os subscritores destacaram a observância dos deveres pertinentes à higiene do meio ambiente de trabalho, a responsabilização solidária do empregador e do tomador dos serviços pela observância das normas atinentes ao meio ambiente do trabalho. Ressaltaram que eventual alegação de necessidade de cumprimento de prazos na realização de grandes obras, inclusive em relação à Copa do Mundo de 2014, não poderá ser aceita como justificativa para o descumprimento das normas de proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Enfatizaram que apesar das controvérsias jurídicas a respeito da responsabilidade trabalhista do dono da obra,

todos os que atuam na execução de empreendimentos na construção civil (donos da obra, empreiteiras e empresas especializadas subcontratadas) devem envidar esforços para o cumprimento de todos os deveres referentes à segurança dos trabalhadores, considerando que todos são responsáveis pelo meio ambiente de trabalho saudável.

Por fim, comprometeram-se em manter aberto um canal permanente de interlocução com os diferentes atores sociais, visando estimular a adoção concreta de boas práticas para prevenir litígios, reduzir acidentes de trabalho e construir uma cultura de precaução e prevenção, a fim de garantir a prestação de trabalho decente.

12. Conclusão

Ao constatar a mutabilidade que a caracteriza, processada num ritmo cada vez mais intenso, o sociólogo Zygmunt Bauman esclarece que vivemos numa sociedade líquida, assim classificada porque os líquidos mudam de forma rapidamente, sem qualquer pressão, e por sua natureza não têm condições de se solidificar.

Na sociedade instável e invertebrada, a questão social ressurgiu com a mesma força de dois séculos atrás, porém com maior poder de destruição, por tentar transformar o trabalhador num dado líquido, incutindo nas relações laborais a lógica do descarte, que corrói de forma insidiosa os pilares de sustentação do direito trabalhista.

Neste cenário cresce de importância a atuação dos sindicatos, que conhecem mais de perto os locais de trabalho e os riscos existentes. Também se revela significativa a atuação do Ministério Público do Trabalho, seja na celebração dos *termos de ajustamento de conduta* (TAC), que detêm força executiva conforme dispõe o artigo 876 da CLT, seja no

ajuizamento de *ação civil pública* nos termos do artigo 83, III, da LC 75/93. Por derradeiro, indiscutível o papel da atuação assertiva e efetiva da *inspeção do trabalho*, através de seus auditores fiscais, na implementação da legislação protetiva, bem como na adoção de medidas acautelatórias de efeito imediato, como embargo e interdição. Em suma, a atuação conjunta e sinérgica dos atores sociais e instituições estatais envolvidas.

O padrão normativo da era moderna foi edificado com base no pensamento do filósofo **Parmênides**, mas os novos tempos da pós-modernidade contemporânea são de **Heráclito**, que apostou na constante mutação.

Neste contexto, a função promocional do direito indica a necessidade de intensificar a atuação preventiva, formando uma nova mentalidade com o escopo de evitar a ocorrência da lesão, por considerar que assegurar meio ambiente equilibrado no local de trabalho constitui direito fundamental, albergado pela Constituição de 1988.

Por isso é preciso que o binômio *dever ser/sanção*, que previa medidas meramente reparatórias, adote uma nova perspectiva, incorporando os princípios da precaução e prevenção, que vão atuar como marcos de resistência, preservando o núcleo inalienável que garante ao trabalhador a condição de sujeito, impedindo a precarização provocada pela lógica que o reduz a objeto de descarte, assim atuando como norte de um novo padrão normativo, a fim de preservar a funcionalidade do sistema jurídico e manter a eficácia do direito na contemporaneidade. ■

Notas

1 www.onu.org.br

2 *Exempli gratia*, os riscos ergonômicos – hoje tratados pela Norma Regulamentadora n. 17 e seus anexos, com redação dada pela Portaria

MTPS n. 3.751, de 23 de novembro de 1990 – e as doenças ocupacionais, cuja constatação vem recebendo maior atenção, principalmente após a implantação do Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP, pela Previdência Social. Esses temas serão tratados ao longo de todo o texto.

3 A crítica a sedimentação da mencionada “cultura do EPI” é tema dos mais interessantes em matéria de meio ambiente do trabalho. Imagina-se que capacetes, máscaras e macacões sejam métodos de proteção do trabalhador. Nada mais equivocado. A questão da proteção do trabalhador deve ser guiada, precipuamente, pela eliminação dos fatores de risco de forma coletiva – seja por meio de EPC ou por modificações na organização do trabalho –, sem empurrar a quem labora, além dos seus afazeres, os riscos e a responsabilidade de inevitáveis lesões. Trata-se, logicamente, da imputação dos riscos da atividade produtiva a quem dela se beneficia, sem transferir-lhos para o trabalhador.

4 CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Direito social brasileiro*. 1a. ed. 1940.

5 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

6 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, pp. 183 e seguintes.

7 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Assim falava Zarathustra. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, p.147.

8 BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela coletiva em juízo*: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. In *Revista do Advogado*, n.114, dezembro de 2011, pp. 18 a 30.

9 Sobre o tema conferir GEMIGNANI, Daniel e GEMIGNANI, Tereza A. A. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região*, n. 35, julho/dezembro, Campinas, 2009, p. 70.

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 25.

11 PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTR, 2002, p. 32.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Conversas com Citlali Roviroso Madrazo. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

13 NEIVA BELCHIOR, Germana Parente. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208 e seguintes.

14 LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. Malheiros Editores, 2006, p. 65 e seguintes.

15 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. Saraiva, 2008, p. 149 a 152.

16 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. Revista dos Tribunais, 2005, p. 207.

17 AFONSO DA SILVA, José. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros 2007, p. 22.

18 www.pnud.org.br

19 A tese foi levantada, primeiramente, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 33.453/01 de relatoria do desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

20 Clube da Luta. Fight Club, 1999, dirigido por David Fincher.

21 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*. princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra Editora limitada, 2006, p. 119.

22 Ademais, cumpre consignar que, nos termos do item 3.5 da Norma Regulamentadora n. 3, com redação dada pela Portaria SIT n. 199/2011, “durante a paralisação decorrente da imposição de interdição ou embargo, os empregados devem receber os salários como se estivessem em efetivo exercício”. Ou seja, ao deve a adoção, pela Inspeção do Trabalho, de medidas acautelatórias significar prejuízos aos empregados, na medida em que não são desses, como é óbvio, os riscos da atividade econômica exercida pelo empregador.

23 www.tst.jus.br

24 O tema foi abordado por nós em trabalho inicial apresentado no 7o ILERA – *Regional Congress of the Americas and 5ª* – IBRET – *Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho – Conference*, com trabalho cujo título é: *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model*, realizado em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play* nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano, e pode ser acessado em <http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>.

25 ROLDÁN, Omar Cairo. *Escritos constitucionales*. Lima/Peru: Communitas. Cuadernos Jurídicos. Editorial Cordillera, S.A.C., v. 1, p. 142.

26 www.tst.jus.br

27 No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), cumpre destacar a criação do Grupo Móvel de Fiscalização de Grandes Obras, cujo fim principal é o destacamento de auditores fiscais do trabalho dedicados a fiscalizar o andamento de grandes obras Brasil afora, dedicando atenção especializada a empreendimentos de vulto.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Vida a crédito*: conversas com Citlali Roviroso Madrazo. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela coletiva em juízo*: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n.114, p. 18-30, dez. 2011.

CAIRO ROLDÁN, Omar. *Escritos Constitucionales. Cuadernos Jurídicos*. Lima: Communitas, 2008, v. 1.

CESARINO JUNIOR. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Martins, 1940.

CLUBE da Luta = Fight Club. Filme dirigido por David Fincher, 1999.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região*, n. 35, jul./dez. Campinas, 2009.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model*. Trabalho apresentado no 7ª ILERA – Regional Congress of the Americas and 5ª – IBRET – Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho – Conference, realizado em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play* nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano, e está disponível em <http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim fala Zarathustra*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/com-campanha-o-futuro-que-queremos-onu-convida-sociedade-civil-a-participar-da-rio20/>>.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTR, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROLDÁN, Omar Cairo. *Escritos constitucionales*. Communitas, Cuadernos Jurídicos, v. 1, Editorial Cordillera S.A.C. – Lima – Peru. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.

PESSOA HUMANA: UM DEBATE ENTRE O JURÍDICO E O REAL, A PARTIR DA LEI, DA ARTE E DA LITERATURA

Sayury Silva de Otoni | sayuryotoni@gmail.com

Mestre em Direito e Economia (UGF/RJ)

Aluna regular do Programa de Doutorado em Direito (UBA/AR)

Excertos

Dos direitos fundamentais do indivíduo, o direito à morte, como advento natural, talvez seja o mais elementar

O ideal da morte é tão importante ao homem, que assinalamos as suas sepulturas, nas quais nem a carne se encontra, e tampouco o que denominamos alma, com os dizeres ‘aqui jaz’

A compreensão da pessoa como dual – e é esse o ponto que queremos frisar – é fruto dos debates sobre a natureza da denominada Santíssima Trindade

O projeto de autoconstrução do indivíduo é um direito fundamental e, notadamente, tão importante, que pode ser considerado como principal objetivo do ser humano

Sabemos que a liberdade é relativa. Mas há um mínimo a ser preservado sob pena de nos tornarmos bichos selvagens em cativeiro, onde há morte, porque o adestrado não expressa vontade

O direito, como outras ciências, denomina pessoa, tratando, assim, pelo caráter funcional, todo ser capaz de direitos e obrigações na ordem civil, conforme artigo 1º do Código Civil brasileiro. O direito não define pessoa. Não poderia fazê-lo. Conforme **Rabinovich-Berkman** (2006, tradução nossa), “pelo império da estrutura epistemológica de hierarquias insinuada, o direito não pode arbitrariamente definir o que é pessoa...”

O início da personalidade, atributo exclusivo do ser humano, acontece com o nascimento com vida e o seu fim é determinado pela morte, real ou presumida – esta a que se dá diante de circunstâncias de extrema improbabilidade de permanência de vida, como em acidentes graves, ou pelo desaparecimento de alguém/ausência – (assim estabelece o Código Civil, arts. 6º e 7º). Esta concepção é relativamente recente no mundo jurídico, que já admitiu institutos como a morte civil, não obstante a permanência de vida fática (**Pereira**, 2001).

O elemento morte – sua ciência e consciência – como elemen-

to caracterizador da humanidade é fenômeno indefinido e indefinível na literatura; neste sentido (**Botero Bernal**, 2007, p. 57 – tradução nossa), “resulta que a morte, para o bem ou para o mal, é um tema que escapa às mãos de qualquer investigador, entre outras razões porque é imponderável”; o mesmo tema recebe do direito uma visão pragmática, quase ditatorial, imposta a todos, conforme artigo 6º do Código Civil, mencionado, *in verbis*: “A existência da pessoa natural termina com a morte.”

Assim, destaco um elemento essencial à definição do humano: a morte. A morte se contrapõe ao tédio da eternidade, conforme palavras de Rabinovich-Berkman (2007, p. 62), comentando o conto de Borges, “El resultado de la vida eterna há sido la indiferencia, la quietud...” Simone de Beauvoir, na obra literária *Todos os Homens são Mortais*, conta a trajetória do Conde Fosca, condenado à vida eterna, na terra. A impotência do homem eterno, diante das vicissitudes da vida, é tamanha que, assombrado pela perpetuidade, ao tempo em que o mundo à sua volta descolore e tudo morre, entrega-se a um sono de sessenta anos. A ausência da morte experimentada pelo personagem é maldição. Tudo é enfado.

Dos direitos fundamentais do indivíduo, o direito à morte, como advento natural, talvez seja o mais elementar. Falamos da morte como direito, em contraposição ao peso que representa, na visão de Beauvoir, a vida eterna terrena. O professor Rabinovich, na citada obra (2007, p. 62), registra a visão da imortalidade como tortura. Sem a morte, perde-se a noção do tempo como contingente. Perde-se a urgência, a ação, a motivação (interior, tal como o tempo, em Kant, intrínseco ao humano). Palavras de Rabinovich-Berkman (2007, p. 63), que bem espelham

essa verdade: “La muerte recuerda el tiempo disponible.” Sem a limitação da morte, o homem se perde num mundo sem sentidos, porque a morte lhe é atributo indisponível (talvez seja a razão dos vampiros – mortos errantes e eternos – precisarem do sangue dos vivos para sentir, conforme contam as lendas).

Sem a morte, o homem desumaniza-se por não ter sentimento de pertença; não faz parte do mundo em que os outros, mortais, habitam. Este é o sentimento experimentado pelo conde Fosca. Observemos a frase deste personagem, às páginas 326 da mencionada obra: “Não estava entre eles. Esse futuro, para eles puro, lindo, inacessível como o azul do céu, tornar-se-ia, para mim um presente que teria de viver dia por dia, na fadiga e no tédio.”

O filme *O Homem Bicentenário* – obra de ficção com roteiro de Kazan – retrata a busca pela humanização do personagem, e a mortalidade é um requisito para configurar-se humano. Não é no mundo fático, no qual até alcança o sentido, à medida que se apaixona, que o personagem é reconhecido como humano. A necessidade do formal, além do real, faz com que o personagem busque, na justiça, o reconhecimento do seu *status* humano. O mesmo direito que não pode definir pessoa definirá o que é humano, partindo dos requisitos ou características à humanidade. Por isso, o personagem precisa assumir a mortalidade.

A morte é um fenômeno cultural tão relevante quanto místico. **Coulanges**, em *Cidade Antiga*, fala do culto aos mortos e da sacralização do

morto. A morte concedia ao homem o *status* de bem-aventurado, com toda a veneração. E mais: a morte trazia a todos a apoteose, como se, em vida, fossem cercados de virtuosidades.

É do humano depender da declaração do outro para que possa ser reconhecida a sua morte. Sem o documento que a ateste, a morte juridicamente não existe e nos tornamos eternos, vinculando filhos, esposos, companheiros; por isso e para demarcação jurídica do fim, o “atestado de óbito”, que pode ser substituído pela sentença de justificação (para os desaparecidos em acidentes) ou pela sentença declaratória de ausência (para os desaparecidos, simplesmente).

O ideal da morte é tão importante ao homem, que assinalamos as suas sepulturas, nas quais nem a carne se encontra, e tampouco o que denominamos alma, com os dizeres “aqui jaz”. A morte é o descanso.

Todavia, há homens que morrem e permanecem em seus corpos a aparentar vida, distantes dos olhares que não compreendem a morte poética, mas que real, além da presumida, todavia, juridicamente relevante, porque pode resultar na morte física, enfim, como elemento de verdade e significado. Um claro exemplo foi trazido por Gonzaguinha, quando cantou que “sem o seu trabalho o homem não tem honra e sem a sua honra, se morre, se mata”. No mesmo sentido, testemunhamos a morte de uma atriz que deixa registrado na nota suicida que não pode morrer quem já está morto (e é assim que ela se sente).

Mas, antecede à morte o elemento degeneração. Ainda no filme

SEM A MORTE, O HOMEM DESUMANIZA-SE POR NÃO TER SENTIMENTO DE PERTENÇA; NÃO FAZ PARTE DO MUNDO EM QUE OS OUTROS, MORTAIS, HABITAM

O Homem Bicentenário, o personagem, em sua ânsia em alcançar o que é do humano, pergunta se vai degenerar. A degeneração é o que nos infantiliza e nos faz retornar no ciclo vital como crianças dependentes. A humilhação na dependência é característica do humano e o direito cuidou disso, através do instituto da interdição, que reconhece, no plano formal, o que a vida prática já expôs. A degeneração física, a falência do corpo, a dissociação entre corpo e mente trazendo o abandono do controle de funções fisiológicas, a degradação. A degeneração mental, talvez libertadora (no sentido de que o indivíduo perde a percepção da degeneração corpórea), sempre aterrizante, a realidade vista em um mundo paralelo ao qual os outros não pertencem. Estar aprisionado na própria mente.

Mas existe a degeneração que não ensina a interdição. Aquela que nos assemelha aos bichos. Nesses casos, embora juridicamente humanos, não reconhecemos nos homens traços de humanidade, como apontou **Bandeira** (1947), no poema ‘O Bicho’, que reproduzimos, com a mesma métrica:

“Vi ontem um bicho
Na imundície do pátio
Catando comida entre os detritos.
Quando achava alguma coisa,
Não examinava nem cheirava:
Engolia com voracidade.
O bicho não era um cão,
Não era um gato,
Não era um rato.
O bicho, meu Deus, era um homem.”

O ser humano é capaz de transmutar sob *persona* de não humano. O direito não classifica a desumanização da vida, que não é vida; não é morte; é subvida.

Como já afirmamos, a assunção da personalidade é garantia legal, uma vez que o diploma pátrio estabelece o atributo da personalidade a partir do nascimento. A autoconstrução da *persona* é, todavia, limitada

pelos ditames sociais, à medida que o meu significado depende da interpretação do outro, dos vínculos firmados. Conforme Rabinovich-Berkman (1996, s/p), “no solamente esta persona es alimentada por todos los aportes del aquellos que me rodean, además su realidad esencial está constituida por los intercambios con ellos”.

A esse respeito, na *Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da PUCRS*, encontramos interessante artigo (**Bragato**, 2010) sobre a etimologia da palavra pessoa. Segundo a autora, a origem da expressão remonta ao vocábulo grego *prosopon* (uso de máscara, simbolizando o papel representado pelo ator no teatro clássico). Note-se que a expressão não era equivalente ao vocábulo *persona*, que traduzia o significado geral de indivíduo. Ou seja, *persona* não significava um papel assumido para a sociedade mas “o ser que pertence a si mesmo e que não reparte o seu ser com outro”.

Para a cultura arcaica grega, também ensina a autora citada, a característica fundamental do ser humano era a inserção no cosmos, critério que foi deslocado pelos sofistas, recebendo, posteriormente, de Sócrates, um tratamento diferente: a descoberta da essência, ou seja, a alma do homem (eu consciente).

A compreensão da pessoa como dual – e é esse o ponto que queremos frisar – é fruto dos debates sobre a natureza da denominada Santíssima Trindade. A partir dos debates, descobre-se o duplo aspecto da pessoa, a pessoa individual e a pessoa relacional. No sentido, esclarece Bragato que “pessoa é o indivíduo, porém um indivíduo em relação – que aparece – pois a pessoa não pode existir a não ser em comunhão”.

Assim, qual seria o estado jurídico dos que emudecem? Dos que negam a comunicação, elemento de

significação do outro e de si mesmo? No filme *Persona* (**Ingmar Bergman**, Suécia, 1966, Pb, 92’) é apresentada uma versão da dicotomia (por vezes existente, ou sempre) entre a autoconstrução do indivíduo e a heteroconstrução. Elizabeth, a personagem, rompe com os significados externos, a lembrar a escolha de Beauvoir pelo trabalho em detrimento da maternidade. A questão que envolve a personagem é que sua autoconstrução não é respeitada. A respeito, ensina Rabinovich-Berkman (1996 s/p) que, na autoconstrução, somos influenciados pelos demais e a heteroconstrução aceitável como normal é um problema de limites, dentro da comunidade. *Persona* tanto pode ser uma alusão à derivação da máscara usada para representação, como pode evocar a profunda personalidade da atriz, que, para não mentir, emudece.

No filme, Elizabeth contracena com a enfermeira, de nome Alma, o que leva a crer tratar-se de duas faces da mesma pessoa, o que se mostra plausível à medida que as personagens se aproximam, se fundem e se afastam. Manter-se são é manter-se íntegra. Mas, afinal, o que é o direito à integridade, como inerente à personalidade humana? A integridade, como direito personalíssimo deveria ser o direito de ser o que se é.

A análise do filme, segundo a teoria de **Jung** – psicologia analítica – revela a existência de duas pessoas na mesma pessoa (Bianca Bueno fala no mesmo sentido). Segundo a professora-mestre **Fernanda Freitas** (2011), é, a um mesmo tempo, complexo e arquétipo da personalidade. É forma de relação. E a relação só é possível a partir da existência do outro.

A teoria do apego trabalha o processo de auto e heteroconstrução, e criação de modelos internos. Segundo **Dalbem e Dell’Aglia** (2005,

p. 15), o modelo representacional interno do indivíduo depende do modelo de cuidado que recebeu na infância. Assim, a construção do “projeto interno” do indivíduo depende das denominadas “figuras de apego”. Assim, a imagem interna do indivíduo é formada a partir da interação com os cuidadores primários e serve de modelo para os relacionamentos de ordem íntima no decorrer da vida.

O projeto de autoconstrução do indivíduo é um direito fundamental e, notadamente, tão importante, que pode ser considerado como principal objetivo do ser humano, conforme explicação de Rabinovich-Berkman (2007, p. 63): “Esse proyecto de autoconstrucción es el principal objetivo en la vida de un humano: Juan Pérez no tiene nada más importante que hacer en su vida que... a Juan Perez.”

A psicologia explica que há uma *persona* pública (convívio) e uma *persona* privada – (para quando estamos sós). Eis uma questão que o direito não contempla. O artigo 13 do Código Civil brasileiro defende a integridade física, e, por analogia, entende-se a integridade da *persona*. Não é do direito explicar se há integridade diante de múltiplas *personas*. Certamente, no campo jurídico, não há aceitação. Por isso promovemos a interdição (processo judicial para declaração de incapacidade – total ou parcial, com nomeação de um curador ao indivíduo). Rabinovich-Berkman (1996, s/p) esclarece que o potencial de autoconstrução é resguardado pelos direitos humanos, básicos ou fun-

damentais; afrontá-los é vulnerar a própria existência.

Ao adotar uma postura de repugnância diante da própria voz, Elizabeth aborta a mentira e rompe com a *persona* do convívio politicamente correto, juridicamente exigível. Deixa de ser esposa, de um casamento que não escolheu. Por isso, não há sentido em cumprir seus deveres de companheira, o que, no Código Civil brasileiro é estabelecido no artigo 1.566, ressaltando-se o dever de vida em comum no domicílio conjugal e o de mútua assistên-

O PROJETO DE AUTOCONSTRUÇÃO DO INDIVÍDUO É UM DIREITO FUNDAMENTAL E, NOTADAMENTE, TÃO IMPORTANTE, QUE PODE SER CONSIDERADO COMO PRINCIPAL OBJETIVO DO SER HUMANO

cia, o que importa prestar assistência moral ao outro. De igual forma, desconhece o filho, o que pode ser percebido quando rasga a foto do menino. A imposição legal do poder familiar já não lhe serve. Mas, a vinculação é característica do humano, e, sem vínculo, Elizabeth é levada à internação, e, posteriormente, ao isolamento, porque não

concebemos a *persona* sem o outro. A *persona* é o papel que representa. Elizabeth já não é esposa; já não é mãe. Não tem significado. Conforme Rabinovich-Berkman (2007, p. 63), em tradução livre, nossa espécie é gregária por definição. Sempre estão os outros (existirão outros), sempre somos com eles.

O mutismo retira de Elizabeth sua essência, sua identidade. Ela já não é. O artigo 16 do Código Civil apresenta, como outro direito da personalidade, o direito ao nome. O nome é instituto que individualiza. Que me difere do outro. Mas, ao mesmo tempo, que do outro me aproxima, porque declara, formalmente, o pertencimento a uma fa-

mília. Elizabeth não pertence. Ela renega a família. Na concepção jurídica, ela não é.

Ao mesmo tempo, Elizabeth só se mantém íntegra no momento em que nega a mentira. Ela rejeita a reserva mental, instituto do direito que versa sobre o resguardo silencioso da vontade enquanto expressamos outra. Na reserva mental, mantém o que foi declarado, em que pese não ser verdade. Elizabeth quer ser o que é.

A única forma de Elizabeth manter-se humana é coexistir com Alma.

A ruptura exposta em *Persona* demonstra outra característica do humano: o homem é um ser livre. Sabemos que a liberdade é relativa. Mas há um mínimo a ser preservado sob pena de nos tornarmos bichos selvagens em cativeiro, onde há morte, porque o adestrado não expressa vontade.

Finalizando, eis um relato (Del Percio, 2010, tradução nossa) pertinente à nossa reflexão sobre elementos de caracterização da pessoa.

“Eckhart, monge medieval germano, em busca da contemplação mística, trabalhava como porteiro no Monastério de Erfurt. Nesta condição, protagonizava diálogos assim:

– quem és? Perguntava o monge em resposta ao bater na porta por algum viajante, em busca de acomodação.

– Eu sou Godofredo de Tubingen.

– Não pergunto qual é o teu nome, mas quem é.

– Sou Senhor do condado de Tubingen.

– Não te pergunto que cargo ocupa, senão quem é.

– Sou filho de Ruperto de Tubingen e de Huldegarda de Pardau.

– Não te pergunto o nome de seus pais, mas quem é.

– Sou o vencedor do último torneio de Breitenstein.

– Não te pergunto o que tens feito, mas quem é.

– Eu sou Eu.

– Isso vale para qualquer um. Eu te pergunto quem és tu e unicamente tu.

– Pois, francamente, não sei.

– Agora sim; podes passar, meu filho.”

O que nos caracteriza? Talvez não haja resposta ou ela não seja única.

Mas de fato, como disse **Beto Brasiliense**, Tu és pó e ao pó “reverteres”.

Referências

BANDEIRA, Manuel. O Bicho. Rio de Janeiro, 1947. *Jornal de Poesia*. Disponível em: <http://www.revista.agulha.nom.br/manuelbandeira03.html>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BEAUVOIR, Simone de. *Todos os homens são mortais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. [?]. 394 p.

BERGMAN, Ingmar. *Persona*. Suécia, 1966. Direção e produção: Ingmar Bergman. 1 DVD (92 min), son., PB.

BOTERO BERNAL, Andrés. El Culto a la Muerte y al Fuego como un referente comprensivo de la Cultura y del Derecho: Análisis de un Exemplo. *Revista Jurídica da Universidade Autónoma de Madrid*, n. 16, p. 55-70, 2007, II.

BRASIL. Lei 10. 406, de 10 janeiro de 2002. *Institui o Código Civil Brasileiro*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 28 jun. 2011.

BUENO, Bianca. *Persona: Bergman, Jung e Kierkegaard*. Disponível em: <http://cinematografo.com.br/trabalhos/persona-bergman,jung_e_kierkegaard.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2011.

COULANGES, Fustel de. *La Ciudad Antigua*. Traducción de M. Ciges Aparicio. Argentina: Librería El Foro, 548 p., 2000.

DEL PERCIO, Enrique. *La Condición Social. Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*. 2. ed. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010. 208 p.

NASCIMENTO JUNIOR, Luiz Gonzaga. *Gonzaguinha: Cavaleiro Solitário*. Rio de Janeiro: Som Livre, 2000. 1 disco compact (60 + min.): digital, estéreo.

O HOMEM bicentenário. Produção de Michael Barnathan. [?]: Touchstone Pictures, 1999. 1 digital versatile disc (131 min). Ntsc, son., color. Legendado. Port.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 463 p.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Reflexiones sobre El comienzo de La existencia de La persona física. Um aporte desde El derecho privado. Aspectos de Método. Trabalho expositivo apresentado na Pontificia Universidade Católica Argentina. Jornada sobre Defesa da Pessoa Humana. Jun. 2006. P. 1350 a 1358.

SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRATO CONFERIDO AOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO, COMETIDOS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

Domingos Barroso da Costa | dobarcos@hotmail.com

Graduado em Direito (UFMG)

Especialista em Criminologia e Direito Público

Defensor Público no Rio Grande do Sul

Juarez Morais de Azevedo | moraisdeazevedojuarez@gmail.com

Graduado em Direito (UFJF)

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-PT

Juiz de Direito em Minas Gerais

Excertos

Em busca de certeza e segurança, o positivismo marcou-se por tentar impor ao direito o método próprio às ciências naturais, então cultuado como único meio legítimo ao alcance da verdade

Assim, tomando-se a sociedade como resultante de um pacto, no qual cada um dos indivíduos contratantes abre mão de parcela de sua liberdade em nome da segurança e, mesmo, da liberdade de todos, é de se concluir que só em casos extremos aqueles que aderiram à avença, consentindo em limitações à própria liberdade, podem ser dela totalmente privados

(...) o direito penal incide em situações nas quais, em última instância, se verifica o confronto de dois direitos fundamentais:

o de garantia de uma existência segura contra ataques de outros cidadãos e o de liberdade

Impõe-se reconhecer que o grau de lesividade da conduta aos direitos e deveres mencionados justifica – e reclama – a adequada e efetiva intervenção penal

A partir de uma análise sistêmica, com a qual se devolve a coerência ao ordenamento, conclui-se pela necessidade de, a partir de analogia in bonam partem, diante do gritante paradoxo exposto, estenderem-se os benefícios previstos no art. 9º da Lei 10.684/03 a todos os acusados pela prática de crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, aos quais seja cominada pena máxima igual ou inferior a 5 cinco anos

1. Introdução¹

“O direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O conceito de direito não pode ser determinado de modo diferente do que o dado, cujo sentido é o de tornar real a ideia do direito. O direito pode ser injusto (*summum ius – summa iniuria*), mas só é direito por ter o sentido de ser justo.” (Gustav Radbruch)

Como se extrai do ensino de Radbruch, não se pode reconhecer como direito a construção ordenadora que se faça cega a valores. Com isso, afirma-se que o direito só se legitima na medida em que pretenda a justiça, ideal que pressupõe igualdade e é pressuposto da liberdade.

Trata-se de construção claramente elaborada na superação ao positivismo jurídico e sua dogmática autorreferenciada, que, em sua pretensão de pureza e suficiência normativa, tentou apartar o direito da justiça, considerando-os instâncias incomunicáveis. Em busca de certeza e segurança, o positivismo marcou-se por tentar impor ao direito o método próprio às ciências naturais, então cultuado como único meio legítimo ao alcance da verdade.

Sob tal pretexto, fomentou codificações e difundiu a ilusão quanto à possibilidade de, pela boa técnica, se elaborarem leis eternas, que se impusessem aos fatos, ordenando a realidade. Sem ideais que orientassem a produção jurídica, reduziu-se o direito à lei positivada, confundido conceitos de legalidade e legitimidade.

“Voltando ao assunto de nosso curso, o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito

a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (Bobbio, 2006, p. 26).

Ou seja, direito era o que positivava o Estado, em construção teórica que fez da lei veículo para qualquer ideologia, como historicamente atesta o nazismo. Amparado pela lei, o nacional-socialismo alemão promoveu uma das maiores e mais bárbaras devastações étnicas inscritas na história, fato que, para além da perplexidade trazida ao mundo, marcou a falência do positivismo jurídico.

Assistiu-se, então, ao trágico ocaso da crença em uma ciência cega a valores, que seria capaz de conduzir a humanidade ao progresso a partir do bom uso de técnicas. Enfim, pôde-se constatar que a pretensão a um racionalismo puro conduziu a uma total ruptura significativa, a uma perda do sentido que antes era garantido pelos ideais que orientavam as ações humanas. A barbárie nacional-socialista produzida em nome da lei e da ciência, logo, da razão, expôs aos olhos algo que não se podia compreender ou mesmo admitir, trazendo à tona um mal radical que, protagonizado por homens, ocasionou a ruptura quanto ao sentido da própria existência humana.

Tal ruptura significativa estendeu-se a tudo que dizia respeito à cultura, mesmo porque é esse o

espaço de existência humana. Assim também se instaurou a crise de sentido do direito e, revelado o fracasso da tentativa arrogante de uma autojustificação dogmática, própria ao positivismo, impôs-se a conclusão de que sua significação dependia de ideais maiores para cuja busca se fizesse instrumento. Em síntese, “o direito pode ser injusto (*summum ius – summa iniuria*), mas só é direito por ter o sentido de ser justo” (Radbruch, 2004, p. 11).

Nesse contexto crítico, em 1948, fez-se ao mundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que materializava a intenção de, a partir dali, se difundir um novo paradigma de direito, orientado por ideais que o tornariam

instrumento de justiça e de proteção à dignidade humana. Nasce, então, o movimento pós-positivista, que, sem desprezar as evoluções positivistas, se pôs a serviço de um direito erigido a partir de princípios cuja força vinculante, em termos jurídicos, deveria ser garantida por sua expressão previsão nas constituições, as

quais, doravante, deixavam de ser meras cartas programáticas para se transformarem na referência normativa máxima dos países.

Todas essas considerações mostram-se extremamente valiosas e necessárias, uma vez que o tema proposto demanda cuidadosa análise, trabalhada à luz dos princípios constitucionais, exorcizada dos demônios cegos do positivismo jurídico e de seus fetiches legalistas. Nesse sentido, introduzindo o debate, cabe desde já destacar a

DIREITO ERA O QUE POSITAVA O ESTADO, EM CONSTRUÇÃO TEÓRICA QUE FEZ DA LEI VEÍCULO PARA QUALQUER IDEOLOGIA, COMO HISTORICAMENTE ATESTA O NAZISMO

posição privilegiada conferida pela Constituição a dois princípios que podem ser apontados como a base da justiça, como já se antecipou. Refere-se aos princípios da igualdade e da liberdade, que, no entendimento de Alexy, constituem o núcleo dos direitos fundamentais:

“Com o direito à liberdade e o à igualdade está fundamentado o núcleo dos direitos fundamentais. Todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática. O último vale, por exemplo, para o direito a um mínimo existencial” (2008, p. 34).

E, como aqui se debaterá uma incoerência legal cuja adequação constitucional depende da aplicação isonômica, logo, constitucionalizada do direito penal, não é preciso muito esforço para se concluir que a base do raciocínio fundar-se-á justamente nos princípios da liberdade e da igualdade. Aliás, é de se aproveitar o contexto para reafirmar que todo o direito penal constrói-se em torno da ideia de liberdade, na medida em que a garante, bem como fundamenta as restrições que eventualmente lhe são impostas, o que deve ser feito com igualdade para que haja justiça e o direito penal não se torne um mal maior que aquele a que visa punir e prevenir.

“Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual.” (Roxin, 2008, p. 33)

Essa reflexão ganha relevo enquanto capaz de antecipar e impedir distorções na criação e aplica-

ção das leis que possam converter o direito penal em simples instrumento de garantia de privilégios e contenção de um refugio social que transforma em *inimigo*. E, quando se analisa comparativamente o trato conferido a determinados crimes contra as ordens tributária e econômica em relação aos previstos para os delitos contra o patrimônio, de pequeno ou médio potencial ofensivo, é inevitável concluir que, no Brasil, a lei penal é uma para os economicamente favorecidos e outra para os estratos mais pobres da população.

A análise dessa afirmativa será desenvolvida nos tópicos seguintes, à luz de princípios que regem o direito penal, tais como proporcionalidade, lesividade e intervenção mínima. Assim, como o posicionamento que aqui se sustentará se funda na convicção de que a legitimidade do direito penal depende de seu emprego subsidiário, enquanto *ultima ratio*, nada mais apropriado que dar sequência ao trabalho partindo de algumas considerações sobre o princípio da intervenção mínima e sua relação com a situação concreta que se traz à discussão.

2. A mínima intervenção enquanto condição de legitimidade do direito penal

Embora não se trate de entendimento pacífico, defende-se aqui, com Roxin, que o direito penal tem como função a proteção subsidiária de bens jurídicos, considerados, estes, como os entes que expressem valores imprescindíveis à coexistência pacífica das liberdades individuais, com igualdade (2008, p. 35). Sobre a subsidiariedade a que se refere, segue-se com o mestre alemão:

“A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um

pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas” (Roxin, 2008, p. 33)

Consoante se verifica, as ideias acima expostas remontam a teorias contratualistas, como a de Rousseau, em seu *Do contrato social*. Assim, tomando-se a sociedade como resultante de um pacto, no qual cada um dos indivíduos contratantes abre mão de parcela de sua liberdade em nome da segurança e, mesmo, da liberdade de todos, é de se concluir que só em casos extremos aqueles que aderiram à avença, consentindo em limitações à própria liberdade, podem ser dela totalmente privados². Desse raciocínio já é possível se deduzir que, tendo por um de seus principais efeitos a privação da liberdade do sujeito, o direito penal só se faz legítimo se previsto e aplicado a casos de extrema gravidade, diante da certeza de que na situação que se apresente – em termos abstratos ou concretos – nenhuma outra medida se faria eficaz para punir e prevenir a conduta danosa. Como se trata de violência empregada na repressão a outras violências, o direito penal deve ser administrado em proporções muito bem delimitadas e justificadas, sob pena de converter-se em instrumento de injustiças.

“Parece também evidente, em face do princípio da inviolabilidade da liberdade (CF, art. 5º), que a liberdade é neste regime a regra; a não liberdade, a exceção. Disso resulta que toda restrição jurídico-penal no particular há de pressupor a absoluta necessidade e adequação desse modo cirúrgico de intervenção estatal, vale dizer, violações autorizadas da liberdade pelo

direito penal somente podem ser toleradas quando necessárias à afirmação da liberdade mesma, razão pela qual crime só pode consistir numa lesão grave à liberdade de alguém, isto é, lesão a um bem jurídico definido, não se tolerando intervenções pedagógicas ou moralizadoras para coibir comportamentos que não lesam ninguém (v.g., porte ilegal de drogas e o próprio tráfico entre adultos) ou possam ser objeto de suficiente repressão fora do direito penal (civil, administrativo etc.), como, por exemplo, as contravenções penais. Porque a liberdade, no sistema democrático, é a um tempo o limite e o fim do direito penal” (Queiroz, 2008, p. 116).

Como se observa, o direito penal incide em situações nas quais, em última instância, se verifica o confronto de dois direitos fundamentais: o de garantia de uma existência segura contra ataques de outros cidadãos³ e o de liberdade. Assim, só se fará legítima a incidência do direito penal, através da previsão/aplicação da restrição à liberdade, nas hipóteses em que seguramente se conclua pela existência de efetiva lesão ou concreto risco de lesão a uma existência segura, livre de ataques de outros cidadãos. Fora dessas circunstâncias, é inevitável que se reconheça a incidência do direito penal como mal maior que o que determinou sua previsão/aplicação, o que o torna ilegítimo na hipótese⁴.

Ou seja, é o alto grau de lesividade de uma conduta – ou o efetivo risco de grave lesão que representa a bem de terceiro – que permite concluir pela proporcionalidade e, em assim sendo, portanto, pela legitimidade da drástica intervenção penal. De outro modo ou, especificamente diante de um caso concreto, prevalecendo a dúvida, preserva-se a liberdade.

Feitas essas ponderações, considerando-se que um sistema jurídico que se pretende legítimo

somente se pode constituir por uma totalidade ordenada, há de se concluir que não são admissíveis incoerências e contradições normativas⁵, principalmente em se tratando de direito penal. Assim, caso sejam identificadas semelhantes situações de conflito, devem ser sempre resolvidas em prol da liberdade, estando-se em um ordenamento constitucional de bases garantistas.

Portanto, num ordenamento que almeje a coerência enquanto pressuposto de legitimidade, inadmissível se mostra a contradição expressa na existência de benefícios aplicáveis a condutas de alta lesividade, mas não autorizados àquelas análogas e, acrescente-se, de menor lesividade. Tal absurdo reclama pronta correção pelo Judiciário, que, com vistas à adequação constitucional das normas penais conflitantes, deve, orientado pelos princípios da isonomia e da liberdade, interpretá-las de modo a estender às situações menos graves os benefícios aplicáveis às mais danosas. A título de exemplo – drástico, para melhor transmissão do que se diz –, se num determinado ordenamento, sob certas condições (v.g., primariedade e suficiência da medida), garante-se aos autores de homicídio doloso simples a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mas não o faz em benefício dos autores de lesão corporal dolosa, cabe ao juiz estender tal benefício aos agentes desta conduta, sob as mesmas condições. Verifica-se, pois, uma hipótese em que se faz possível a aplicação da analogia em direito penal, numa correção judicial do excesso na intervenção, em favor da liberdade, ou seja, *in bonam partem*, do que se cuidará mais detidamente em momento oportuno.

Noutras palavras, devendo ser mínima a intervenção penal, em razão da proibição de excessos na limitação à liberdade, se num mesmo ordenamento convivem normas umas conferindo tratamento mais brando em relação a delitos mais graves, enquanto outras, tratamento mais grave a delitos mais brandos, impõe-se, em nome da justiça que se obtém da máxima proteção à igualdade e liberdade (*favor libertatis*), a aplicação da analogia *in bonam partem*, estendendo-se os mesmos benefícios garantidos às condutas mais ofensivas às menos ofensivas.

Posto isso, cabe agora analisar o que diz a lei penal acerca dos crimes contra as ordens tributária e econômica, mais precisamente o que garante o art. 9º da Lei 10.684/03 aos acusados pela prática de algumas dessas condutas.

3. O tratamento legislativo conferido aos crimes contra as ordens tributária e econômica: o art. 9º da Lei 10.684/03

As previsões legais atinentes aos crimes contra a ordem tributária marcam-se pelo tumulto e irracionalidade, especificamente no que concerne às causas de extinção da punibilidade e aos efeitos produzidos nesta pelo parcelamento dos débitos. Acerca de tal desorientação legislativa, em aclamado ensaio, assim expõe **Heloisa Estellita**, formulando breve histórico:

“A disciplina da extinção da punibilidade pelo pagamento da Lei 8.137/90 suprimida no ano seguinte (Lei 8.383), retomada em 1995 (Lei 9.249), alterada parcialmente em 2000 (Lei 9.983), retoma agora renovado fôlego com a nova disciplina inaugurada pelo art. 9º da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003.

Os efeitos do parcelamento sobre a punibilidade, por seu turno, têm uma

história mais tortuosa. Sob a égide da disciplina do art. 34 da Lei 9.249/95, seus efeitos foram interpretados diferentemente pelas diversas cortes de justiça brasileiras, sendo célebres as divergências de posicionamento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e, dentro deste, entre suas Quinta e Sexta Turmas (divergência esta encerrada tão somente com o julgamento do RHC 11.598/SC pela Terceira Seção do STJ). Mas a melindrosa história dos efeitos do parcelamento sobre a punibilidade nos crimes tributários não se resume à interpretação do artigo antes mencionado; em 2000, a Lei 9.964, ao criar o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, instituiu uma causa de suspensão da punibilidade nos crimes tributários para as empresas que aderissem ao programa antes do recebimento da denúncia. Ao cabo do pagamento da última parcela do referido parcelamento, extinta estaria a punibilidade (art. 15)” (2003, p. 2-3).

De fato, como indicado pela citada autora, as inovações apresentadas no art. 9º da Lei 10.684/03 deram ensejo a muitos debates, podendo-se afirmar, inclusive, que causaram certa perplexidade. Afinal, garantiu aos acusados – e mesmo condenados – pela prática dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, bem como nos arts. 168-A⁶ e 337-A⁷ do Código Penal as possibilidades de 1) extinção da punibilidade, a qualquer tempo, mediante pagamento do débito (§ 2º) e 2) suspensão da pretensão punitiva, enquanto perdurar o acordo de parcelamento (*caput*) – ao final do qual, é claro, caso tenha a dívida sido quitada, deverá ser extinta a punibilidade. E, dentre tais inovações, talvez a que causou mais espanto tenha sido a que determinou a supressão do marco temporal de referência à produção de efeitos sobre a punibilidade, anteriormente limitados ao momento de recebimento da denúncia.

Ou seja, enquanto tramitar o processo – se não estiver suspenso

pelo parcelamento do débito – ou mesmo no curso da execução penal, quitando a dívida que lhe opõe a fazenda pública, extingue-se a punibilidade do acusado pela prática dos crimes previstos no *caput* do art. 9º da Lei 10.684/03⁸.

Tais benefícios não agradaram a muitos⁹, como faz prova a ADIn 3.002, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face do referido dispositivo (Capez, 2008, p. 630).

Enfim, o tratamento condescendente do Legislativo em relação aos acusados pelo cometimento de crimes fiscais fez letra morta os arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, do mesmo modo atingindo os arts. 168-A e 337-A do Código Penal. Com isso, esvaziou a repressão penal em relação a boa parte das condutas danosas à ordem tributária, com o que suscitou importante debate quanto à proteção insuficiente em relação aos bens jurídicos tutelados aos tipos previstos nos mencionados dispositivos.

Nesse contexto, diante da abstratamente considerada gravidade das condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, são muitos os que entendem que o art. 9º da Lei 10.684/03 mostrasse inconstitucional. Para tanto, sustenta-se que há uma proteção insuficiente contra violações ao dever constitucional de pagar impostos, tratando-se a tributação da principal fonte de arrecadação do Estado e, assim, um meio importante à garantia das condições de maximização das expectativas do cidadão, no que tange a uma vida próspera em comunidade, asseguradas educação, saúde, assistência e previdência social (Feldens, 2005, p. 207).

“Expressando a Constituição brasileira, portanto, de maneira explícita ou implícita, um rol de deveres – mínimos que sejam – cuja nota de essencialidade

de decorre da própria necessidade de manutenção dos valores cunhados por esta mesma ordem constitucional, afigura-se-nos de todo recomendável que reconheçamos nessa categoria jurídica dos deveres fundamentais um relevante e legítimo paradigma para o exercício (positivo e negativo) da atividade legislativa incriminadora, notadamente quando os bens jurídicos protegidos (v.g., a ordem econômica e tributária) em face da imposição desses deveres (v.g., dever fundamental de pagar impostos) postam-se de forma a identificar-se aos próprios fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, presente a noção que se vem de sustentar de um Direito Penal funcionando como um instrumento de proteção de valores essenciais” (Feldens, 2005, p. 208).

Partindo-se do pressuposto que a arrecadação obtida mediante a tributação, ainda que não vinculada, de algum modo é aplicada na gestão do Estado e da sociedade, é de se concluir que as condutas praticadas contra a ordem tributária produzem danos coletivos graves¹⁰, na medida em que dificultam a promoção dos direitos sociais, afrontam o poder público e rompem com a confiabilidade mútua, necessária à estabilização da sociedade. Pelo exposto, impõe-se reconhecer que o grau de lesividade da conduta aos direitos¹¹ e deveres mencionados justifica – e reclama – a adequada e efetiva intervenção penal.

4. Breves considerações gerais sobre o que prevê a lei no trato dos crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça

Como se sabe, as condutas tipificadas sob o rótulo de *crimes contra o patrimônio* estão contidas no título II da parte especial do Código Penal brasileiro, entre seus arts. 155 e 183. Sobre tais, com muita segurança, pode-se afirmar que,

ao lado do tráfico de drogas, são as que mais povoam o cotidiano de quem atua na justiça criminal. Além disso, cabe ainda destacar que os autores da ampla maioria das condutas ali incriminadas são oriundos dos estratos economicamente menos favorecidos da sociedade.

Ressalvadas as condutas perpetradas mediante violência ou grave ameaça à pessoa – que não só atingem o patrimônio, mas também a liberdade, a integridade física ou mesmo a vida das vítimas, além de caracterizarem-se pela maior ousadia de seus agentes –, é de se concluir que a criminalidade contra o patrimônio caracteriza-se, em regra, pelo seu baixo grau de lesividade, pelos pequenos danos causados aos ofendidos. Apesar disso, se comparados ao previsto no art. 9º da Lei 10.684/03, é de se reconhecer que não são relevantes os benefícios garantidos pela lei àqueles acusados por tais práticas.

Além das possibilidades limitadas de aplicação da Lei 9.099/95 e de algumas causas especiais de diminuição ou isenção de pena (v.g., arts. 155, § 2º¹², e 171, § 1º¹³, do CP), em relação à generalidade dos crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, somente merecem destaque a causa geral de diminuição de pena contida no art. 16 do CP¹⁴, relativa ao arrependimento posterior (limitada temporalmente à ocasião do recebimento da denúncia), a atenuante prevista no art. 65, III, b do CP¹⁵ e, por fim, as causas de isenção de pena previstas no art. 181¹⁶ do CP – com as ressalvas do art. 183¹⁷. Como se vê, nada que possa ser comparado às possibilidades de extinção da punibilidade abertas pelo art. 9º da Lei 10.684/03. Aliás, cabe destacar que aquilo que, com limitações temporais, é minorante ou atenuante para os agentes

dos crimes contra o patrimônio a que se refere – reparação dos danos provocados –, é causa de extinção da punibilidade para determinados crimes cometidos contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90).

Com isso, assiste-se à absurda e irracional realidade do aprisionamento¹⁸ de autores de pequenos furtos que não façam jus aos benefícios da Lei 9.099/95 ou a outros – como à substituição da pena privativa de liberdade por multa ou pena restritiva de direitos ou, mesmo, ao *sursis* – por serem, por exemplo, reincidentes específicos, enquanto responsáveis por fraudes milionárias contam com a confortável possibilidade de nem mesmo serem processados, sendo-lhes garantida a extinção de sua punibilidade pela quitação do débito que tenham com a fazenda pública. E, frise-se, esse débito pode, inclusive, ser parcelado.

5. A constatação do paradoxo e a necessidade de se proceder à equação constitucional da situação, a partir de uma solução que maximize e conjugue isonomia e liberdade

As semelhanças entre as condições de incriminação e os bens tutelados nas situações acima abordadas são muitas, afigurando-se claros o paradoxo e a inconstitucional desigualdade decorrente do trato privilegiado garantido relativamente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, 168-A e 337-A do CP, quando comparado ao que reserva a lei penal aos acusados pela prática de delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça. Afinal, em ambas as hipóteses, o que se verifica é a tutela contra o patrimônio, ainda que nos casos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei

8.137/90, 168-A e 337-A do CP diga-se do patrimônio de uma coletividade, arrecadado e gerido pelo Estado em nome daquela mesma coletividade. Aliás, para que não restem dúvidas quanto às efetivas semelhanças, *basta verificar que a conduta tipificada no art. 168-A do CP, cujos acusados de sua prática gozam dos benefícios previstos no art. 9º da Lei 10.684/03, está prevista justamente no título II da parte especial do Código Penal, em meio aos demais crimes contra o patrimônio.*

Se assim é, não há razão que justifique a desigualdade do tratamento reservado a uma e outra situação, mesmo porque – e é aqui que se encontra a mais grave e irracional das contradições – impõe-se a conclusão de que o que a lei faz é garantir uma repressão bem mais branda – verdadeira descriminalização indireta – a condutas mais graves, destinando uma intervenção penal mais drástica a condutas com menor potencial lesivo.

Em termos práticos, a única diferença que se pode destacar entre as situações sob análise diz respeito aos estratos sociais ocupados pelos autores dos delitos tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90¹⁹, 168-A e 337-A do CP, em relação aos estratos dos quais, em regra, são oriundos os que praticam delitos contra o patrimônio. Porém, sob a égide de uma ordem constitucional que – em nome do princípio da igualdade – só pode admitir um direito penal que se aplique a *atos*, negar a possibilidade de correção judicial da irracional contradição que se apresenta significa dar ares de legalidade a um direito penal de *autor*. Em última análise, equivaleria a – até que enfim – reconhecer-se abertamente a intervenção seletiva e, logo, perversa do direito penal no Brasil, como forma de controle do refúgio social e das

contradições não desejadas, mas produzidas pelo atual modelo capitalista de consumo, que traz em si o germen da desigualdade social.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de **Vera Regina Pereira de Andrade**:

“Com efeito, se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente em todos os lugares o mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime” (Andrade, 2003, p. 267).

E segue a autora:

“Desta forma, a ‘minoría criminal’ a que se refere a explicação etiológica (e a ideologia da defesa social a ela conectada) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados. (Zaffaroni, 1987, PP. 22 e 32, e Baratta, 1991^a, p. 172, 1982b, p. 35, 1993, p. 49, e 1991b, p. 61).” (ibidem)

E, tratando-se de benefícios *favor libertatis*, a não extensão do previsto no art. 9º da Lei 10.684/03 – especialmente do contido em seu § 2º – a situações circunstancial-

mente análogas e menos danosas significa violação drástica e frontal aos direitos fundamentais da igualdade e liberdade. Com isso, converte o direito penal em veículo de injustiça, em situação de flagrante inconstitucionalidade por afronta à proibição de excesso, valendo reportar em termos auxiliares ao que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da CF²⁰.

Em situações eventuais e absurdas como a que se descortina no presente caso, portanto, deve-se admitir “a analogia *in bonam partem* para salvar a racionalidade do direito e, com ela, o princípio republicano de governo, que exige esta racionalidade” (Zaffaroni, 2008, p. 155).

A partir de uma análise sistêmica, com a qual se devolve a coerência ao ordenamento, conclui-se pela necessidade de, a partir de analogia *in bonam partem*, diante do gritante paradoxo exposto, estenderem-se os benefícios previstos no art. 9º da Lei 10.684/03 a todos os acusados pela prática de crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, aos quais seja cominada pena máxima igual ou inferior a 5 anos, que é o limite maior previsto entre os delitos abrangidos pelo mencionado dispositivo. Assim, caberá declarar extinta a punibilidade daqueles que, nessas condições, a qualquer tempo repararem o dano causado à vítima, que é alçada ao primeiro plano do litígio, seguindo a tendência expressa na última reforma processual penal. Pode-se inclusive cogitar do parcelamento do

débito decorrente do dano causado pelo autor, a ser autorizado pelo juiz, ouvidos Ministério Público e vítima, numa forma de aplicação da justiça restaurativa a tais casos.

6. Considerações finais

Estas são as conclusões *puras* a que se chega. Contudo, nada impede que o juiz module os efeitos da analogia e extraia de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico-penal outras condições à concessão dos benefícios, com vistas a amenizar o choque que a postura eventualmente possa causar na comunidade jurisdicionada, que, em regra, sofre as influências dos clamores punitivos difundidos pelos meios de comunicação de massa, os quais acolhe de forma passiva, acrítica.

Dessa forma, por exemplo, com amparo no que preveem os incisos II e III do art. 44, I e II do art. 77, dentre outros dispositivos do CP e da legislação penal, como condição à concessão do benefício da suspensão pelo parcelamento do valor do dano ou extinção da punibilidade pelo pagamento desse valor à vítima, poderá o juiz exigir que o submetido à persecução penal por crime contra o patrimônio, cometido sem violência ou grave ameaça, seja primário,

tenha a seu favor as circunstâncias judiciais passíveis de análise na ocasião, bem como se mostre a medida suficiente à prevenção de futuras condutas delinquentes. Ainda, para evitar que a medida fomenta novas práticas delitivas, pode exigir que o investigado/processado/condenado comprove ocu-

A ÚNICA DIFERENÇA QUE SE PODE DESTACAR ENTRE AS SITUAÇÕES SOB ANÁLISE DIZ RESPEITO AOS ESTRATOS SOCIAIS OCUPADOS PELOS AUTORES DOS DELITOS

pação lícita, da qual possa extrair a quantia necessária ao pagamento do valor do dano. De se consignar, todavia, que tais exigências não se fazem necessárias e, inclusive, mostram-se excessivas, uma vez que não constam do art. 9º da Lei 10.684/03, que ora se toma por referência.

Enfim, o que não se pode admitir é que o juiz, no contexto pós-positivista, permaneça inerte diante de tão flagrante disparidade legislativa, especialmente em se tratando de direito penal, cuja intervenção é estigmatizante, por si só dotada de potencial criminógeno. Ao juiz cabe conferir efetividade à Constituição, ao que procede quando interpreta a lei de modo a maximizar seus princípios, atribuindo-lhes eficácia “tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 2008, p. 37). E, impende lembrar, os princípios em causa no presente debate são os da liberdade e igualdade que, como já dito, compõem o núcleo fundamental dos direitos fundamentais e da própria noção de justiça.

Aliás, a interpretação que aqui se propõe nada mais faz senão promover uma efetiva busca por justiça, que é pressuposto de um direito que possa ser reconhecido como tal (Radbruch, 2004, p. 11). Sobre o papel do juiz nessa *busca por justiça*, a que chama *pretensão de correção*, eis o que diz Alexy, especialmente acerca de situações complexas, em que a lei não basta e se faz necessária a ponderação de princípios:

“Mas se lei, precedente e dogmática não determinam a resposta a uma questão jurídica, o que define casos difíceis, são necessárias valorações adicionais, que não se deixam depreender somente do material fundado em autoridade dado. Se a pretensão de correção deve ser satisfeita, essas premissas adicionais devem ser fun-

damentadas. Mas isso é, se o fundado em autoridade ou institucional sozinho não dá resposta, possível somente no caminho da argumentação prática geral. Em seu quadro, reflexões de conformidade com a finalidade e ideias daquilo que é bom para a comunidade têm, sem dúvida, o seu lugar legítimo. Isso, porém, nada modifica nisto, que a questão diretiva do decidir judicial no âmbito da abertura é a questão sobre a compensação correta e a distribuição correta. Questões sobre a distribuição correta e a compensação correta são questões de justiça. Questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a pretensão de correção funda, também, no plano da aplicação do direito, uma união necessária de direito e moral.” (2008, p. 40)

Ao intérprete cabe dar sentido à norma, contextualizando a aplicação do direito em relação à realidade, com o que o vivifica. Para isso servem os princípios em sua plasticidade, através da qual asseguram aberturas ao ordenamento jurídico, possibilitando que se (re)acomode diante das sempre renovadas demandas da realidade.

A proposta construída no presente trabalho, para além de corrigir pela via judicial algumas das muitas *injustiças legisladas*²¹ em matéria penal, representa mais uma forma de evitação do encarceramento e seus estigmas, garante economia e, ainda, promove a pacificação social, talvez o principal escopo da jurisdição, ao viabilizar o restabelecimento do estado de coisas anterior, a partir da reparação dos danos ocasionados à vítima através da conduta criminosa. Frise-se, inclusive, que a interpretação sugerida supera uma das críticas sempre feitas ao direito penal, que diz respeito à incapacidade de algumas de suas penas assegurarem a pacificação social, dada sua inépcia quanto ao restabelecimento do *status quo ante* e uma vez que são aplicadas sem a participação da vítima, que é *confiscada*

para o exercício monopolizado do *jus puniendi*.

“A característica diferenciada do poder punitivo é o confisco do conflito, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é vítima por parte do senhor (poder público), degradando a pessoa lesada ou vítima à condição de puro dado para a criminalização. Os paliativos que hoje se ensaiam para não vitimizar pela segunda vez não conseguem dissimular a essência confiscatória da vítima que caracteriza o poder punitivo e, menos ainda, podem garantir sua anulação. Só quando se retira o conflito desse modelo e ele é resolvido de acordo com um dos outros modelos de decisão de conflitos chega-se a uma solução; porém, nessa condição, o poder punitivo desaparece, porque, por definição, teremos saído de seu modelo”. (Zaffaroni, 2007, p. 30-31)

Aliás, se a decisão estivesse a seu dispor, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, é bem provável que a ampla maioria das vítimas de crimes contra o patrimônio preferisse ser ressarcida dos danos sofridos a ver o acusado submetido a outra medida, como, por exemplo, o aprisionamento. Os tempos são outros, os bens mais abundantes e até mesmo descartáveis, razão pela qual, diante de possibilidades como as aqui diagnosticadas, deve o intérprete construir a melhor alternativa para a adequação do direito penal à realidade, sempre orientado pela primazia da liberdade.

Já ao final deste estudo, afigura-se plausível que surjam questões quanto a qual solução se constituiria como a mais correta para as duas situações confrontadas: uma punição mais incisiva em relação aos crimes abrangidos pelo art. 9º da Lei 10.684/03, ou um tratamento mais benigno com relação aos delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça?

Entendemos que tanto uma quanto outra coisa, desde que se

mantenha a coerência do ordenamento em relação aos princípios constitucionais, de modo a conciliar a *proibição de excesso*, quanto aos crimes contra o patrimônio de que se trata, com a *proibição de insuficiência*, no que concerne à intervenção penal nos crimes contra as ordens tributária e econômica.

Assim, caso não alcance o objetivo de chamar a atenção para o cada vez mais evidente processo de deslegitimação do direito penal pela sua instrumentalização perversa – que tem por única finalidade a conservação do *status quo* com a neutralização do refugo social –, servirá o presente debate para destacar a necessidade de se proceder a uma adequada intervenção penal relativamente aos crimes contra as ordens tributária e econômica, constatada a proteção insuficiente em relação aos bens jurídicos violados por essas condutas. Enquanto tal adequação não ocorre, constatado o excesso punitivo que emerge da comparação entre as situações expostas no decorrer deste trabalho, cabe ao Judiciário corrigir a injustiça legislada e, em nome da igualdade, conjugada à primazia da liberdade, estender os benefícios previstos no art. 9º da Lei 10.684/03 aos autores dos delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, o que se faz possível a partir da analogia *in bonam partem* ora sugerida. ■

Notas

1 A tese trabalhada não se invalida pelo disposto na Lei 12.382/11, em vigor desde março deste ano. Afinal, em razão da extra-atividade da lei penal, o raciocínio desenvolvido no texto continua se aplicando integralmente a todos os delitos por ele abarcados – em termos breves, crimes contra o patrimônio, praticados em suas formas mais simples, sem violência ou grave ameaça –, que tenham sido praticados até a entrada em vigor da mencionada lei. E, mesmo no caso da prática desses delitos após a entrada em vigor da Lei 12.382/11, incide a tese ora cons-

truída, a seus agentes devendo se estender todos os benefícios garantidos aos que perpetraram delitos contra a ordem tributária e econômica.

2 “O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista de contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada” (Roxin, 2008, p. 33).

3 “Um primeiro exemplo de um direito fundamental a atuações positivas do estado é o direito clássico do cidadão contra o estado a isto, que este lhe proteja diante de ataques de outros cidadãos. Tais direitos são direitos de proteção ou direitos à segurança” (Alexy, 2008, p. 94).

4 E se tais situações são corriqueiras no âmbito de determinado ordenamento jurídico, é de se reconhecer a ilegitimidade do próprio direito penal que ali se aplica.

5 “Entendemos por ‘sistema’ uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação” (Bobbio, 2008, p. 71).

6 “Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.”

7 “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregados, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

8 Entendimento acolhido pelo STF, conforme decisões proferidas nas seguintes ações: HC 82.929-0/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (relator para o acórdão: Min. Cezar Peluso); HC 99.844/SP, de relatoria do Min. Dias Toffoli; e, dentre outras, RHC 89.618, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

9 “Daí por que a descriminalização – direta ou indireta – dessas condutas há de passar, principalmente, por um crivo de razoabilidade que venha a discernir situações a serem evidentemente distinguidas (v.g., situações de mero inadimplemento em comparação com as gigantescas fraudes fiscais antes referidas), sob pena de esvaziamento do conteúdo do dever constitucional em relação àqueles que o descumprem deliberada e fraudulentamente, hipótese a traduzir situação de evidente desigualdade jurídica em relação àqueles que o observam rigorosamente. Exemplo recente envolvendo essa questão foi a recente aprovação, no Brasil, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, oferecendo a extinção da punibilidade àqueles acusados que, ainda que já condenados, ofereçam – e teoricamente cumpram – um parcelamento do débito perante o fisco” (Feldens, 2005, p. 209).

10 “A Secretaria da Receita Federal diagnosticou que, no ano de 1998, 11,7 milhões de pessoas e 464.363 empresas não declararam imposto de renda. Todavia, tiveram capacidade financeira suficiente para movimentar nas instituições financeiras (bancos) 341,6 bilhões de reais, valor esse que escapou integralmente ao fisco. Naquele exercício (1998), o Produto Interno Bruto brasileiro, índice que registra toda a produção de bens e serviços do País e representa, em termos monetários, o porte da economia nacional, alcançou o patamar de R\$ 899,8 bilhões. Em face desses dados, o Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, atuando em paralelo à Receita Federal, procedeu a uma minuciosa investigação, por meio da qual houve identificar, a partir de lançamentos efetuados nas contas correntes a título de Contribuição Provisória de Movimentação Financeira (CPMF) verificados no ano de 1998, que naquele período transitaram pelas contas correntes de apenas 15 (quinze) pessoas físicas o montante astronômico de R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), *sem que R\$ 1,00 (um real) tenha sido recolhido aos cofres públicos*. Outras 84 pessoas jurídicas, insolitamente inscritas dentre as categorias ‘Isentas’, ‘Omissas’, ‘Inativas’ e optantes pelo sistema ‘SIMPLES’ de tributação, revelaram uma também absurdamente incompatível movimentação financeira de R\$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de reais). Cf. FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 143-144” (in STRECK; apud FELDENS, 2006, p. 19-20).

11 Pode-se, inclusive, dizer do direito que todo cidadão tem de contar com o pagamento de tributos por seus concidadãos.

12 “155. (...)”

§ 2º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

13 “171. (...)”

§ 1º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.”

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

15 “Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III – ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;”

16 “Art. 181 – É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.”

17 “Art. 183 – Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II – ao estranho que participa do crime;

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

18 Refere-se também ao aprisionamento cautelar.

19 “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em

razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

20 “Art. 60. (...)”

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.”

21 BONAVIDES, 2005, p. 124.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 166p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 336p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. 239p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. 184p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, 807p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 4: legislação especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 792p.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 223p.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 143p.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302p.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 232p.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03*. *Boletim IBC-CRIM*. São Paulo, v. 11, n. 130, p. 2-3, set. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; In: FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 114p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 224p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 766p.

COMENTÁRIOS JURÍDICOS DA OBRA *O PROCESSO* DE FRANZ KAFKA

Roberto Victor Pereira Ribeiro

Advogado

Graduado em Direito Público (UNIFOR)

Pós-graduado em Direito Processual (FA7)

Excertos

A insistência de Joseph K. em querer saber do que está sendo acusado é algo predominante na obra de Kafka. Tanto que se criou o estilo kafkiano de ser processado

No andamento do processo de Joseph K. o personagem, juntamente com seus prepostos, deparam-se com obstáculos injustos e desumanos

Será considerado objeto de nulidade processual aquele processo em que não funciona a defesa

As teorias de Lombroso, inspiraram o estilo lombrosiano de analisar criminosos, hoje não mais possuem a força que tinham à época de Franz Kafka, que as conhecia por ser estudioso do direito

*A obra *O processo* de Franz Kafka é recomendada para os amantes da literatura e os estudiosos e vigilantes do direito com justiça*

Franz Kafka, natural da cidade de Praga, capital da República Tcheca, é considerado um dos maiores escritores de ficção do eixo alemão. Era formado em direito e no início de sua trajetória profissional exerceu banca advocatícia. Morreu sem receber o devido valor, tendo seu último suspiro ocorrido em sanatório de Viena, onde se encontrava tratando uma tuberculose.

Suas obras atingiram destaque depois de sua morte. Profícuo, escreveu mais de 20 ensaios e romances. Dentre os mais conhecidos figuram *Metamorfose*, que lhe rendeu a fama e o sucesso póstumo, e *O processo*, obra em que faremos comentários.

Após sua morte, Brod, seu melhor amigo, editou *O processo*, entendendo tratar-se de um romance coerente e, sendo assim, o publicou em 1925. Adaptações para o cinema foram feitas, como “The Trial”, do diretor Orson Welles, com Anthony Perkins no papel de Josef K., personagem principal da narrativa.

A história já inicia com a prisão de Joseph K., sem nenhuma explicação e de forma totalmente arbitrária.

Neste ínterim lemos: “Não – retrucou o homem que estava junto à ja-

nela, deixando o seu livro sobre uma mesinha e pondo-se de pé. – Você não pode sair, está detido”¹. Esta passagem descreve a tentativa de Joseph em avaliar o que está acontecendo e como não encontra resposta coerente alguma, tenta sair de casa.

Logo em seguida, o oficial que veio comunicar sua detenção o impede de sair do quarto. Diante dessa situação, Joseph indaga: “Por que estou detido?”² A resposta que escuta é simplesmente injusta: “Não me cabe explicar isso. Volte para o seu quarto e espere ali. O inquérito está em curso, de modo que se inteirará de tudo em seu devido tempo.”³

À luz do direito pátrio tais acontecimentos são recriminados. Leciona o artigo 282 do Código de Processo Penal brasileiro: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita de autoridade competente.”

Coadunando com tal pensamento, preceitua a Carta Magna de 1988: “O preso será informado de seus direitos (...).” (artigo 5º, LXIII) e um dos direitos que assiste aos presos é o de saber do que está sendo acusado.

Prosseguindo na leitura, deparamo-nos com uma crítica de Kafka ao sistema processual da época. E, para nossa surpresa, ele já se queixava da morosidade dos processos: “E quão demorados são os processos deste tipo, especialmente nos últimos tempos!”⁴ Faz-se mister relatar que essa passagem percorre o ano de 1920.

A confusão jurídica da detenção de Joseph não para por aqui. Alguns trechos adiante lemos Joseph clamar por respostas: “Que espécie de homens eram estes? De que estavam falando? A que Departamento oficial pertenciam? Quem eram aqueles que se atreviam a invadir

sua casa?”⁵ E ainda continua perguntando: “Mas, como posso estar detido? E desta maneira? Teriam de responder – retrucou K. – Aqui estão os meus documentos de identidade; mostrem-me vocês os seus, e, especialmente, a ordem de prisão.”⁶

Se estivéssemos sob a égide da lei brasileira, tais perguntas jamais poderiam pairar no campo das dúvidas. Nossa Carta Maior preconiza: “O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (artigo 5º, LXIV) e prossegue: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo entrar nela sem consentimento do morador (...)” (artigo 5º, XI). Assim também pontifica o CPP: “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio” (artigo 283, CPP).

A insistência de Joseph K. em querer saber do que está sendo acusado é algo predominante na obra de Kafka. Tanto que se criou o estilo kafkiano de ser processado. Ser processado kafkianamente é ser totalmente tolhido de qualquer preceito jurídico possível e conhecido.

Parece que no mundo onde vive Joseph não há vigilância aos princípios democráticos de direito.

E mais uma vez aparecem suas arguições: “Quem me acusa? Que autoridade superintende o inquérito? Vocês são funcionários?”

Imaginem só, ser detido sem saber a causa e por pessoas que não demonstram a ordem prisional, as suas credenciais, o crime cometido, o ofendido, e tudo mais que se leciona em um devido processo legal.

Em certa passagem a personagem detida alega: “Carece porventura de sentido chamar pelo telefone um advogado, já que sou declarado detido?”⁷

Não só carece como é um direito inalienável de quem foi detido ou

preso. Encontra-se fundamentado em nossa Constituição no artigo 5º, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. E ainda defende o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil em seu artigo segundo, § 1º, que o advogado é essencial para a administração da justiça e tem importante função social.

Destarte, mais um direito previsto em nossa legislação pátria foi sumariamente desprezado neste título de Kafka.

Ultrapassada a fase da detenção de Joseph, foi ele informado que deveria comparecer em certo dia e local para ser interrogado por um juiz de instrução. Nesse ínterim, a personagem então aparece em um cenário semelhante a um fórum judicial, porém muito aquém de um recinto onde se possa promover a justiça.

Estando, então, diante do juiz, eis que Joseph observa: “no pescoço deste, que se achava tranquilamente sentado com as mãos no regaço olhando para baixo, o mesmo emblema”⁸. Este emblema é vislumbrado por Joseph em um partido político popular de sua região. Desta forma, o juiz então era parcial ou tendencioso às ideias de seus correligionários. Contraria frontalmente o estabelecido em nossa Carta Magna no capítulo que regula o Poder Judiciário. Em seu dispositivo 95, parágrafo único, inciso III, a Constituição leciona: “Aos juízes é vedado: III – dedicar-se à atividade político-partidária.”

Interessante é que o jurista Cesare Beccaria em sua obra *Dos de-*

litos e das penas chama a atenção para este fato: “Deve-se, igualmente, dar menos crédito a um homem que faz parte de uma ordem, ou de casta, ou de sociedade privada, cujos usos e máximas são geralmente desconhecidos, ou não são idênticos aos dos usos comuns,

pois, além de suas próprias paixões, esse homem ainda tem as paixões da sociedade da qual é membro.”⁹

O segundo capítulo que narra o pseudoexame conjecturatório de Joseph encerra deixando-nos boa margem para contestar e afirmar que não houve no decorrer do processo da personagem nenhum formalismo; a presença marcante de um juízo de exceção terminantemente vetado em nossa Constituição (art. 5º, XXXVII); e a total ausência dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do juiz natural (art. 5º, LIII).

O capítulo quinto da obra comentada é intitulado “o acoitador” e nessas páginas Kafka descreve uma verdadeira cena de escárnio e humilhação com as vítimas da tortura. Inclusive uma obra escrita por Kafka na mesma época, *A colônia penal*, também representa a descrição completa da carnificina e do vilipêndio à dignidade humana, nas torturas da máquina conhecida como “rastelo”.

No andamento do processo de Joseph K. a personagem, juntamente com seus prepostos, deparam-se com obstáculos injustos e desumanos. Diante de seu processo nem ele nem ninguém pode ter acesso aos autos, justamente para que não soubesse nada esclarecedor que for-

SER PROCESSADO KAFKIANAMENTE É SER TOTALMENTE TOLHIDO DE QUALQUER PRECEITO JURÍDICO POSSÍVEL E CONHECIDO

nesse subsídios para elaborar a defesa.

Vejam o que ele exclama: “De modo que os expedientes da justiça e, especialmente, o escrito de acusação eram inacessíveis para o acusado e o seu defensor, o que fazia com que não se soubesse em geral ou ao menos com precisão a quem devia se dirigir a demanda.”¹⁰

Ora, nós advogados possuímos direitos de vistoriar os processos, é assim que nos presta guarida o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 6º.

E prossegue: “No curso das declarações do acusado, as perguntas que se lhe formulavam revelavam com alguma claridade ou então permitiam adivinhar de que coisas era acusado e os motivos em que se fundamentava a acusação.”¹¹

Que espécie de justiça era essa? Obrigava o acusado a adivinhar o motivo de sua acusação, detenção, julgamento, humilhação etc. Não se pode olvidar que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, esses processos nefastos devem ser banidos da face da Terra.

E o pior estava por aparecer: “No fundo a lei não permitia nenhuma defesa.”¹²

Roma há milênios hasteava a bandeira do direito inegável de defesa. Nem mesmo o pior criminoso podia ser julgado sem defesa em plagas romanas.

Joseph K., o personagem acusado de algo que nem sabe, comenta que não era permitido aos advogados presenciarem os interrogatórios. Em solo tupiniquim tal proibição é afronta aos direitos dos advogados e dos cidadãos e, com certeza, esses direitos são protegidos pela manta segura da Constituição e leis apartadas.

Assim preconiza o Código de Processo Penal brasileiro: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do

processo penal, *será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.*”

Será considerado objeto de nulidade processual aquele processo em que não funciona a defesa.

Certa ocasião, no bojo das páginas desta obra, em um diálogo de Joseph e um conhecedor daquela justiça, lemos a seguinte passagem: “Você acaba de me dizer que com a justiça não valem de modo algum argumentações ou provas.”¹³

A Constituição e todos os diplomas legais processuais dedicam páginas extensas à temática “provas”. No nosso direito não é só permitida como essencial a um julgamento justo da querela.

Na fase decisória do processo, “as sentenças definitivas da justiça não somente não se publicam, mas nem mesmo são acessíveis aos juizes”¹⁴.

A sentença, neste modelo judiciário do livro, fere frontalmente o princípio da publicidade e da motivação das decisões. Com fulcro em nossa Carta Magna asseveramos: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).”

Em palavras epígonas destes comentários da obra *O processo* de Franz Kafka, iremos relatar algumas missivas em tom de críticas sobre a justiça daqueles dias.

Kafka, demonstrando conhecer as teorias de Cesare Lombroso, jurista versado em criminologia e autor de diversas obras, descreve exemplos de processos que foram julgados a favor do acusado por conta de sua fisionomia e deixa o personagem principal, Joseph, exasperado em saber se irá ou não ter um fim justo do seu processo por causa de seus lábios.

As teorias de Lombroso, inspiraram o estilo *lombrosiano* de analisar criminosos, hoje não mais

possuem a força que tinham à época de Franz Kafka, que as conhecia por ser estudioso do direito. Porém mesmo em período hodierno há seguidores da hipótese de Lombroso: “ladroão com cara de ladroão”.

Outra peculiaridade do escrito de Kafka se dá na sua descrição do que seria para ele uma petição formalizada por advogados: “Um documento cheio de erudição, mas a verdade carecia de substância. Antes de tudo, havia nele muito latinório, que eu não compreendo; depois, ao longo de páginas e páginas, apelos gerais à justiça; e, por fim, um estudo de casos jurídicos de outros tempos que deviam ser semelhantes ao meu.”

Possuía a mesma feição que ainda hoje se perpetua em nossas escrevaninhas ou *laptops*.

A obra *O processo* de Franz Kafka é recomendada para os amantes da literatura e os estudiosos e vigilantes do direito com justiça. ■

Notas

1 KAFKA, Joseph. *O processo*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 41.

2 *Idem*.

3 *Idem*.

4 *Idem*.

5 *Idem, ibidem*, p. 42.

6 *Ibidem*, p. 43.

7 KAFKA, Joseph. *O processo*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 50.

8 *Ibidem*, p. 81.

9 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 32.

10 KAFKA, Joseph. *O processo*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 147.

11 *Idem*.

12 *Idem*.

13 *Idem, ibidem*, p. 179.

14 *Ibidem*, p. 183.

CIVIL E COMERCIAL

CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ COBERTURA DE SEGURO EM RAZÃO DE FURTO APENAS SE ESTE FOR QUALIFICADO É ABUSIVA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.293.006 – SP

Órgão julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe, 29.06.2012

Relator: Ministro Massami Uyeda

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE SEGURO – RELAÇÃO DE CONSUMO – CLÁUSULA LIMITATIVA – OCORRÊNCIA DE FURTO QUALIFICADO – ABUSIVIDADE – IDENTIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE – VIOLAÇÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I – Não há omissão no aresto *a quo*, tendo sido analisadas as matérias relevantes para solução da controvérsia.

II – A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor.

III – A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do CDC.

IV – A condição exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado – por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. Precedente da eg. Quarta Turma.

V – Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília, 21 de junho de 2012 (data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA – Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de recurso especial interposto por CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA INTEGRADA LTDA., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, em que se alega violação dos artigos 2º, 47 e 51, do Código de Defesa do Consumidor; 131, 300, 302, 319, 334 e 535 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Os elementos existentes nos presentes autos noticiam que o recorrente, CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA, ajuizou, em face da ora recorrida, COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL, ação

de indenização securitária, ao fundamento de que, em resumo, nos termos de contrato de seguro, pactuado entre as partes, pretendeu proteger-se de eventuais sinistros que pudessem atingir seus bens ou de terceiros que utilizam de seus serviços. Nesse contexto, efetuou o pagamento do prêmio, cumprindo, segundo alega, sua obrigação contratual. Todavia, apontou que, em 28/12/2006, na vigência do contrato de seguro, houve furto em seu estabelecimento, o que motivou a cobertura securitária. Entretanto, procurada a realizar o adimplemento da obrigação securitária a ora recorrida, COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL, recusou-se a fazê-lo porquanto não estaria prevista a cobertura, por não se tratar de furto qualificado. Sendo assim, o ora recorrente, CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA, alegou que a cláusula limitativa de cobertura é abusiva em razão do caráter defeituoso na informação ao consumidor acerca das coberturas contratuais. Requereu, assim, a procedência do pedido e o adimplemento dos bens descritos no boletim de ocorrência (fls. 02/27 e-STJ).

Devidamente citada, a ora recorrida, COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL, apresentou defesa, na forma de contestação. Em linhas gerais, sustentou que o sinistro ocorrido não está garantido pelo contrato tendo em conta que não se tratou de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo. Afirmou, nesse contexto, a validade da cláusula contratual. Pediu, ao final, a improcedência do pedido (fls. 74/89 e-STJ).

O r. Juízo da 3a. Vara Cível da Comarca de Santo André/SP, julgou improcedente a demanda. Dentre seus fundamentos, é possível destacar, *in verbis*: “(...) a limitação da cobertura é lícita, na medida em que expressamente autorizada por lei e, portanto, a cláusula que estabelece os eventos

assumidos pelo contrato e, especialmente, os eventos excluídos da cobertura contratual, por si só, não ofende o Código de Defesa do Consumidor, já que é válida a restrição dos riscos segurados.” Além disso, sustentou que “(...) A autora não nega que teve plena e prévia ciência dos instrumentos contratuais e, assim, do teor das cláusulas limitativas do direito à cobertura e nem poderia ser diferente, já que ela mesma trouxe aos autos o manual do segurado (fls. 43.” Disse, ao final, que “(...) o fato ocorrido no estabelecimento da autora não envolveu rompimento de obstáculo, conforme declarou sua representante perante a autoridade policial, ao elaborar o boletim de ocorrência (fls. 41) e, deste modo, não se enquadra no modelo de cobertura contratado, o que afasta a pretensão indenizatória.” (fls. 167/171 e-STJ).

Irresignado, o ora recorrente, CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA INTEGRADA LTDA., interpôs recurso de apelação. Sustentou, em resumo, que “(...) a estipulação que limita a cobertura aos furtos qualificados por rompimento de obstáculo ou arrombamento viola as disposições do Código de Defesa do Consumidor.” Alegou, ainda, que o furto qualificado, nos termos do dispõe o Código Penal, pode ser praticado por diversos modos e, nesse contexto, a interpretação da disposição contratual, deve ser realizada em favor do consumidor. Pediu, assim, o provimento do recurso (fl. 174/193 e-STJ).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da 36a. Câmara Cível, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de Apelação. A ementa, por oportuno, está assim redigida:

“Seguro. Furto qualificado. Cláusula que limita a cobertura à hipótese de furto qualificado do qual resultem vestígios de arrombamento ou rompimento de obstáculo. Admissibilidade. Recurso desprovido.”

Os embargos de declaração opostos às fls. 240/253 e-STJ, foram rejeitados às fls. 256/260 e-STJ.

Nas razões do especial, o ora recorrente, CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA INTEGRADA LTDA., sustenta, em resumo, negativa de prestação jurisdicional. Diz, ainda, que o contrato entabulado entre as partes é regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Aduz, também, que a diferenciação entre os dispositivos penais apenas tem referência no Direito Penal, não sendo possível esse alcance na contratação do seguro. Nesse contexto, aponta que o condicionamento da indenização somente no caso do rompimento ou destruição do obstáculo ou de meio de subtração da coisa constitui cláusula abusiva. Alega, outrossim, violação ao dever de prestação informações corretas acerca da pactuação. Requer, dessa forma, o provimento do recurso especial (fls. 263/289, e-STJ).

Devidamente intimada, a ora recorrente, COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL, apresentou contrarrazões, oportunidade em que pugnou pelo improvimento do recurso especial por incidência das Súmulas 5 e 7/STJ, bem como pela ausência de demonstração de divergência jurisprudencial (fls. 308/317 e-STJ).

Às fls. 319/320 e-STJ, sobreveio juízo negativo de admissibilidade, oportunidade em que, por meio do Agravo em Recurso Especial n. 52.172/SP, esta Relatoria determinou sua conversão em Recurso Especial a fim de propiciar o julgamento colegiado da presente demanda (fls. 380 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAS-SAMI UYEDA:

A irresignação merece prosperar.
Com efeito.

Resumidamente, na vigência de contrato de seguro pactuado entre as partes, sobreveio sinistro de furto, o que motivou o ora recorrente, CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA LTDA., a pedir indenização sucumbentária que restou-lhe negada pela ora recorrida, COMPANHIA ALIANÇA DE SEGUROS, ao fundamento de inexistência de vestígio de ocorrência de furto qualificado por arrombamento ou rompimento de obstáculo. Sendo assim, ajuizou-se a presente ação indenizatória que restou julgada improcedente pelo r. Juízo *a quo*, decisão mantida pelo egrégio Tribunal de origem. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Daí a interposição do presente recurso especial.

Inicialmente, acerca da negativa de prestação jurisdicional, observa-se que, diferente do que pretendido pelo ora recorrente, CENTRO DE TERAPIA AQUÁTICA LTDA., o v. acórdão recorrido examinou, adequadamente, os principais pontos da lide, notadamente acerca do cabimento da indenização securitária, dando-lhe, por conseguinte, a interpretação que melhor entendeu para a questão (fls. 232/237 e-STJ).

Na verdade, esta Corte Superior tem repetido, em diversos julgados, que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (ut AgRg no REsp n. 705.187/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26/09/2005).

Acerca do *meritum causae*, é importante deixar consignado que a relação jurídica estabelecida entre as partes é nitidamente de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código

de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor, tendo em conta a relevante circunstância de que o mesmo não participou, sequer implicitamente, da elaboração do conteúdo contratual, tratando-se, pois, de típico contrato de adesão.

Além disso, a circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a condição exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado –, por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. Com essa orientação, registra-se a seguinte ementa:

“CONSUMIDOR. SEGURO EMPRESARIAL CONTRA ROUBO E FURTO CONTRATADO POR PESSOA JURÍDICA. MICROEMPRESA QUE SE ENQUADRA NO CONCEITO DE CONSUMIDOR. CLÁUSULA LIMITATIVA QUE RESTRINGE A COBERTURA A FURTO QUALIFICADO. REPRODUÇÃO DA LETRA DA LEI. INFORMAÇÃO PRECÁRIA. INCIDÊNCIA DO ART. 54, § 4º, DO CDC.

1. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa, física ou jurídica, é “destinatária final” do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação con-

sumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a revenda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem.

2. É consumidor a microempresa que celebra contrato de seguro com escopo de proteção do patrimônio próprio contra roubo e furto, ocupando, assim, posição jurídica de destinatária final do serviço oferecido pelo fornecedor.

3. Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas – o que é atingido pelo simples destaque destas –, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido.

4. O esclarecimento contido no contrato acerca da abrangência da cobertura securitária que reproduz, em essência, a letra do art. 155 do Código Penal, à evidência, não satisfaz o comando normativo segundo o qual as cláusulas limitadoras devem ser claras, por óbvio, aos olhos dos seus destinatários, os consumidores, cuja hipossuficiência informacional é pressuposto do seu enquadramento como tal.

5. Mostra-se inoperante a cláusula contratual que, a pretexto de informar o consumidor sobre as limitações da cobertura securitária, somente o remete para a letra da Lei acerca da tipicidade do furto qualificado, cuja interpretação, ademais, é por vezes controvertida até mesmo no âmbito dos Tribunais e da doutrina criminalista.

6. Recurso especial não conhecido.” (REsp 814.060/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 13/04/2010).

De mais a mais, acrescenta-se que o objeto do contrato de seguro procurou resguardar o patrimônio do segurado contra possíveis desfalques, in-

dependentemente da sua modalidade, se decorrente de roubo ou de furto, seja simples ou qualificado, tendo em conta que o segurado deve estar resguardado contra o fato e não contra determinado crime.

Sendo assim, dá-se provimento ao recurso especial para julgar procedente a demanda e, por conseguinte, determinar o adimplemento da indenização securitária, corrigida monetariamente pelo IGP-M, desde o ajuizamento da ação e acrescidos de juros legais, no importe de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Ônus sucumbenciais invertidos, mantendo-se, contudo, os percentuais fixados pelas Instâncias ordinárias.

É o voto.

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

IMOBILIÁRIO

PENHORA NÃO ATINGE BEM DE FAMÍLIA QUE GARANTE DÍVIDA DE EMPRESA PERTENCENTE A UM DOS CÔNJUGES

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 988.915 – SP

Órgão julgador: 4a. Turma

Fonte: DJe, 08.06.2012

Relator: Ministro Raul Araújo

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade.

2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.

3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.

4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.

5. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o relator, e o voto do

Ministro Luis Felipe Salomão, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, decide dar provimento ao recurso especial. Vencidos a Ministra Maria Isabel Gallotti e o Ministro Antonio Carlos Ferreira, que negavam provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista) e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de maio de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Tem-se, na origem, agravo de instrumento interposto por (...) e (...) contra decisão do il. Juiz de Direito da 2a. Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP que, nos autos da execução que lhes move o BANCO TRICURY S/A, na condição de avaliadas de dívida contraída por pessoa jurídica, indeferiu requerimento de desconstituição de penhora de imóvel.

Sustentam os agravantes que o bem imóvel é o único da entidade familiar, impenhorável, e a hipoteca foi dada em garantia de dívida da empresa Irmãos Daud & Cia Ltda, da qual o agravante (...) é sócio, e não em garantia de dívida da entidade familiar, o que torna inaplicável a exceção prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.

O eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo de instrumento, em aresto assim ementado:

“PENHORA. Bem de família. Imóvel dado em garantia hipotecária por casal de sócios em instrumento particular de contrato de mútuo firmado pela pessoa jurídica. Direito disponível. Aplicabilidade do inciso V, do art. 3º, da Lei 8.009/90. Inexistência, ademais, de comprovação sobre o fato de tratar-se do único imóvel da

família quando da constrição. Recurso improvido.” (fl. 299)

Opostos embargos declaratórios pelos executados, foram rejeitados, com condenação por litigância de má-fé (fls. 315/320).

Ainda inconformados, interpõem Recurso Especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sustentando, preliminarmente, violação ao art. 535, I, do CPC, por entenderem presente contradição no v. acórdão recorrido quanto à existência nos autos de prova de que o bem em questão é a residência do casal e, portanto, bem de família.

No mérito, sustentam violação ao art. 1º da Lei 8.009/90, ao afirmar o v. aresto recorrido que não houve a comprovação de que o bem penhorado é o único do casal, pois “é entendimento pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência que o bem de família é aquele em que reside o casal ou a entidade familiar, bastando esta prova para que se aplique a proteção legal” (fl. 331).

Aduzem, por fim, ocorrência de dissídio jurisprudencial, alegando que o entendimento do STJ é de que o inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 se aplica apenas no caso em que a dívida seja do casal ou da entidade familiar, o que não é o caso dos autos, na medida em que o empréstimo foi concedido pelo BANCO TRICURY S/A à empresa Irmãos Daud & Cia, e não aos recorrentes, que objetivam ver afastada a penhora sobre o seu bem de família.

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 405/422), admitido (fls. 424/425) e encaminhado a esta Corte.

Em 14/8/2008, o em. Ministro FERNANDO GONÇALVES, então relator, emprestou efeito suspensivo ao recurso especial (Medida Cautelar nº 14.628/SP).

Em 31/5/2010, o feito foi a mim atribuído.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Inicialmente, não se vislumbra a alegada violação ao art. 535, I, do CPC, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentada e coerentemente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistente contradição no v. aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pelos recorrentes, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, havendo total coerência entre os fundamentos e a conclusão adotada pela eg. Corte local.

Melhor sorte, entretanto, socorre os recorrentes quanto às demais questões levantadas na petição recursal.

Em primeiro lugar, nos termos da jurisprudência desta Corte, não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90.

A propósito:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. RESIDÊNCIA DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE DE SE PROVAR QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. PRECEDENTES.

1. Recurso especial interposto contra acórdão segundo o qual: a) de acordo com a exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, é possível a penhora sobre bem de família, visto tratar-se de execução de indenização por ato ilícito; b) comprovada a existência de propriedade sobre mais de um imóvel, tem-se por desconfigurada a hipótese de bem familiar.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que: – ‘As exceções aos

benefícios da Lei 8.009/1990 são as previstas nos seus arts. 3º e 4º, nestes não constando a circunstância de a penhora ter sido efetuada para garantia de dívida originária de ação de indenização por ato ilícito, em razão de violação a normas de trânsito que gerou acidente de veículos’ (REsp nº 64342/PR, 4a. Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha).

– ‘A circunstância de o débito originar-se da prática de ilícito civil, absoluto ou relativo, não afasta a impenhorabilidade prevista no artigo 1º da Lei 8.009/90’ (REsp nº 90145/PR, 3a. Turma, Rel. Min.

Eduardo Ribeiro).

3. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90), não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único. Isso não significa, todavia, que os outros imóveis que porventura o devedor possua não possam ser penhorados no processo de execução.

4. ‘É possível considerar impenhorável o imóvel que não é o único de propriedade da família, mas que serve de efetiva residência’ (REsp nº 650831/RS, 3a. Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi). ‘O imóvel onde reside a família do devedor não é passível de arresto, ainda que existam outros bens imóveis, cuja destinação não ficou afirmada nas instâncias ordinárias, para permitir a aplicação do art. 5º, par. único da Lei 8.009/9.’ (REsp nº 121727/RJ, 4a. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

5. Precedentes das egrégias 1a., 2a., 3a. e 4a. Turmas desta Corte Superior.

6. Recurso especial provido.”

(REsp 790.608/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/2/2006, DJ de 27/3/2006, p. 225, REPDJ 11/5/2006, p. 167)

Da mesma forma, têm razão os recorrentes no que diz respeito à impenhorabilidade do imóvel em ques-

tão, levando-se em consideração que a garantia foi prestada para assegurar dívida de terceiro.

Assim dispõem os arts. 1º e 3º, V, da Lei 8.009/90:

“Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

(...)

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.”

A jurisprudência desta Corte de Justiça tem delineado que a “possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro” (AgRg no Ag 921.299/SE, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe de 28.11.2008).

A propósito:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DOS SÓCIOS DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE DÍVIDA CONTRAÍDA EM FAVOR DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA.

1. A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir aos casos em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1.022.735/RS, Quarta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJe de 18.2.2010)

“RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. EXECUÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL HIPOTECADO. GARANTIA DE PESSOA JURÍDICA DADA POR TERCEIRO NÃO DEVEDOR. ART. 3º, V, LEI Nº 8.009/90. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Emerge manifesto dos autos e sem oposição da parte recorrente, que o gravame foi constituído em favor de pessoa jurídica, ou seja, terceiro estranho à relação familiar, não se aplicando à espécie, efetivamente, a regra consagrada no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 – no sentido da exclusão da impenhorabilidade do imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar – a qual deve ser dada interpretação restritiva, justamente por tratar-se de dispositivo que excepciona à regra geral, permitindo sua incidência apenas na execução hipotecária, de modo que a realidade dos autos não induz exclusão da tutela legal ao bem de família.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp 303.129/DF, Quarta Turma, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 16.4.2007)

“CIVIL E PROCESSUAL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. IMÓVEL DOS SÓCIOS DADO EM GARANTIA DE DÍVIDA CONSTITUÍDA POR EMPRE-

SA. ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. EXEGESE. PRECEDENTES.

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, não há que se falar em preclusão da invocação de bem de família se realizada antes mesmo das praças designadas para a alienação do bem. Precedentes.

II. A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem. Precedentes.

III. Atribuição, contudo, aos executados, das despesas e custas já realizadas atinentes à praça, excluída a comissão.

IV. Recurso especial provido para afastar a constrição.” (REsp 1.035.636/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22/3/2011, DJe de 28/3/2011)

Outrossim, não se pode presumir que a garantia foi dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. Não deve haver presunção de que a dívida foi obtida em benefício da entidade familiar. De fato, “ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90” (REsp 302.186/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, Relator p/ acórdão o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 21.2.2005).

E ainda:

“BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. HIPOTECA. PESSOA JURÍDICA. RENÚNCIA.

I – Não se aplica a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, se a hipoteca garantiu empréstimo feito por pessoa jurídica. Não se pode presumir que este investimento tenha sido concedido em benefício da família.

II – A impenhorabilidade do imóvel residencial tem como escopo a segurança da família – não do direito de propriedade. Por isso, não pode ser objeto de renúncia pelos donos do imóvel.

III – A demora na alegação não derroga a impenhorabilidade do bem de família. “ (AgRg no Ag 711.179/SP, Terceira Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 29.5.2006)

Ademais, salienta o em. Ministro Luis Felipe Salomão que “a exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 só se aplica aos casos em que a hipoteca é instituída como garantia de dívida própria, e não de dívida de terceiro (...). Por fim, a desconstituição da penhora se faz necessária porque não se pode presumir que a dívida contraída pela empresa tenha sido em benefício dos sócios, pois a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física dos sócios que a compõem, conforme entendimento desta Corte” (AgRg no Ag 957.818/SP, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 10.5.2010)

Portanto, o v. acórdão recorrido decidiu a questão de forma contrária à farta jurisprudência deste Tribunal, exemplificada pelos precedentes acima mencionados.

Diante do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para anular o acórdão recorrido e afastar a constrição sobre o bem imóvel objeto deste feito.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, cumprimento o advogado

pela sustentação oral e cumprimento o Sr. Ministro Relator, Raul Araújo.

Diante das criteriosas ponderações agora oferecidas pela Sra. Ministra Isabel Gallotti, consistentes na peculiaridade de a pessoa jurídica ser constituída unicamente pelo casal que ofereceu o bem para garantir a dívida da empresa, e também em homenagem, como bem lembrou a eminente Ministra Isabel Gallotti, ao princípio da boa-fé objetiva, peço vênias ao Sr. Ministro Relator para acompanhar a divergência e negar provimento ao recurso especial.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, ouvi com atenção a sustentação oral e o voto do eminente Relator, que bem resumiu a jurisprudência da Casa sobre o assunto.

Com relação à premissa do voto do Relator, no sentido de que, para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade, no caso dos presentes autos, a ela adiro, porque verifico, da leitura do acórdão recorrido, que não houve contestação a esse respeito. Os recorrentes alegaram que o bem hipotecado era o único imóvel deles, o recorrido não contrariou esta alegação, e apenas o tribunal traz o argumento de que eles não teriam provado essa circunstância.

Reservo-me para adotar conclusão diferente na hipótese de os devedores possuírem outros imóveis, igualmente em condições de serem residência do casal, notadamente se o casal possuir um imóvel mais valioso, um imóvel de luxo, e pretender que o benefício da impenhorabilidade recaia sobre este imóvel mais caro, privando o credor da satisfação da dívida. Mas não é, repito, o caso desses autos em que não há nenhuma alegação de que esse imóvel não fosse, de fato, o

único imóvel e o imóvel de residência do casal.

Impressionou-me, todavia, a alegação feita na sustentação oral de que os precedentes deste Tribunal não se amoldariam perfeitamente à hipótese dos autos, porque, embora a hipoteca tenha sido prestada em benefício de um terceiro, no caso uma sociedade limitada, esta sociedade limitada só possui dois sócios, e os dois sócios são precisamente o casal que ofereceu a garantia hipotecária em proveito de empresa, sendo esta 100% (cem por cento) integrante do patrimônio desses dois sócios.

Portanto, penso que não há como afastar a realidade de que a quitação da dívida da empresa beneficiará direta e integralmente o patrimônio das duas pessoas que prestaram a hipoteca. Se houvesse outros sócios, a conclusão seria diferente, porque a empresa (e consequentemente outros sócios além dos dadores da garantia) seria a beneficiária direta da quitação, não revertendo o valor do bem integralmente em proveito do casal, mas apenas na proporção de suas quotas na empresa.

Assim, nesse caso, dada esta peculiaridade de que as cotas dessa sociedade são 100% (cem por cento) pertencentes ao casal que ofereceu a garantia hipotecária, penso que, ao contrário dos precedentes desta Corte, deve-se aplicar o art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, até em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, se não pretendiam eles que esse imóvel pudesse a vir a responder pela dívida, não deveriam eles tê-lo dado em garantia hipotecária.

Observo que a jurisprudência, no nobre escopo de proteger o direito à moradia familiar, não deve descurar do princípio da boa-fé objetiva, basilar no Código Civil. Quanto menos valor for dado à vontade manifestada pelo devedor, no ato de constituição da garantia hipotecária, sendo ela invalidada no momento em que chama-

da a cumprir sua finalidade de garantir o pagamento da dívida, mais dificuldade terão os microempresários para conseguir crédito para desenvolver sua atividade econômica. A jurisprudência aparentemente protetiva acaba por prejudicar aqueles mesmos a quem, em princípio, pretendeu a Lei 8.009/90 resguardar, assegurando-lhes o direito de contar com bem apto a servir de garantia.

Então, pedindo vênias ao eminente Relator, cujo trabalho admiro tanto, dirijo e nego provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

MINISTRO MARCO BUZZI:

Trata-se de recurso especial, interposto por (...) e (...), contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento, para, considerando a exceção estabelecida no inciso V, do art. 3º, da Lei 8.009/90, reconhecer a impenhorabilidade de imóvel oferecido em garantia de dívida contraída por sociedade empresarial constituída exclusivamente pelos recorrentes.

O eminente Ministro Raul Araújo, relator do processo, proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso para afastar a constrição sob o aludido bem, ressaltando a jurisprudência desta Corte em relação aos seguintes entendimentos: (a) “não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade para o reconhecimento do bem de família; (b) “a possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro” e; (c) “não se admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei 8.009/90”.

Proferido o voto-condutor, a ilustre Ministra Isabel Gallotti inaugurou divergência, argumentando que “embora a hipoteca tenha sido prestada em benefício de um terceiro, no caso uma sociedade limitada, esta sociedade limitada só possui dois sócios, e os dois sócios são precisamente o casal que ofereceu a garantia hipotecária em proveito de empresa que é 100% (cem por cento) integrante do patrimônio desses dois sócios”, para concluir que, “nesse caso, dada esta peculiaridade, de que as cotas dessa sociedade são 100% (cem por cento) pertencentes às duas pessoas, o casal que ofereceu a garantia hipotecária, penso que, ao contrário dos precedentes desta Corte, deve-se aplicar o art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, até em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, se não pretendiam eles que esse imóvel pudesse a vir a responder pela dívida, não deveriam eles tê-lo dado em garantia hipotecária”.

Considerando a peculiaridade ressaltada, o insigne Ministro Antônio Carlos Ferreira acompanhou o voto divergente.

Para melhor exame, observados os diversos precedentes invocados no voto-inaugural, pedi vista dos autos.

Após detido exame da questão posta a desate, todavia, com a devida vênia da divergência, acompanha-se o entendimento do eminente Relator.

Com efeito, sopesados os vigorosos fundamentos que amparam as teses declinadas pelos ilustres colegas, percebe-se que a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento de casos análogos ou bastante semelhantes, convergiu pela preponderância da proteção do direito de moradia e da preservação da unidade familiar, refletindo o espírito do legislador em relação à edição da Lei 8.009/90. Nesse sentido, bastante representativos os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. PRETENSÃO DA ENTIDADE FAMILIAR DE EXCLUSÃO DO BEM DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA E LEGITIMIDADE PARA O OFERECIMENTO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. É BEM DE FAMÍLIA O IMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE, DÊS QUE O ÚNICO SERVIL À RESIDÊNCIA DA MESMA. *RATIO ESSENDI* DA LEI Nº 8.009/90.

1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo.

2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade comercial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais.

3. Aferida à sociedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*.

4. *In casu*, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo.

5. É assente em vertical sede doutrinária que “A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas,

merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios.” (FACHIN, Luiz Edson.

“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154).

6. Em conseqüência “(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, DEVEM BENEFICIAR-SE DA IMPENHORABILIDADE LEGAL.” [grifo nosso]

7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela constituição federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar.

8. Nessas hipóteses, pela *causa petendi* eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica.

9. Recurso especial provido.

(REsp 621.399/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 20/02/2006, p. 207);

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. BEM IMÓVEL QUE SEMPRE SERVIU À MORADIA DE ENTIDADE FAMILIAR. REGISTRO EM NOME DA EMPRESA EXECUTADA. BEM DE FAMÍLIA. CONFIGURAÇÃO. ESCOPO DA LEI N. 8.009/1990. PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE.

1. A Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, visou conferir especial proteção à moradia da família – direito assegurado constitucionalmente (artigo 6.º) –, revelando-se menos impor-

tante o modo como se dá a ocupação do bem imóvel, se a título de propriedade – com o imóvel registrado em nome de um dos integrantes da entidade familiar – ou de posse.

2. No caso em apreço, o Tribunal de origem reconheceu, expressamente, que o imóvel discutido nestes autos sempre serviu à moradia da família, daí porque não poderia ser objeto de penhora, entendimento esse que se coaduna com a orientação jurisprudencial desta Corte.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 949.499/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008).

Seguindo essa trilha, esta Corte assentou que, a respeito da Lei 8.009/90, “consignada a sua eminência constitucional, há de ser restrita a exegese da exceção legal.” (REsp 644.733/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 28/11/2005, p. 197). Ilustrativamente, destacam-se também, entre outros, os seguintes julgamentos:

CIVIL. BEM DE FAMÍLIA.

A exceção prevista no artigo 3º, I da Lei nº 8.009, de 1990, deve ser interpretada à risca. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 187.052/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2001, DJ 22/10/2001, p. 317);

LOCAÇÃO. FIADOR QUE PAGA A DÍVIDA AO LOCADOR. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. EXECUÇÃO CONTRA O LOCATÁRIO-AFIANÇADO. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE LEGAL.

1. A impenhorabilidade do bem de família é regra, somente cabendo as exceções legalmente previstas. (...)

3. Recurso conhecido e provido.

(REsp 255.663/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TUR-

MA, julgado em 29/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 125).

De fato, historiando o arcabouço jurisprudencial deste Tribunal Superior, observa-se que a orientação jurisprudencial sobre o tema, após um período de amadurecimento em que as vertentes ainda não estavam pacificadas, afluiu no sentido de que “a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem, onde reside sua família.” (REsp 302.281/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 22/03/2004, p. 310).

Entendimento que, logo em seguida, ganhou nova nuance, afastando presunção que anteriormente militava em favor do credor, estabelecendo-se que “não se admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90. (Resp 302.186/RJ, DJ 21/02/2005). (AgRg no Ag 1067040/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 28/11/2008). Nessa esteira, também destaca-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. ART. 3º, V, da Lei 8.009/90. BEM DOS SÓCIOS DE EMPRESA. HIPOTECA DE CONTRATO DA EMPRESA. BENEFICIÁRIOS PRÓPRIOS. NÃO CONFIRMAÇÃO.

1. Acerca do art. 3º, V, da Lei 8.009/90, esta Corte tem entendido que ele se aplica aos casos em que os devedores constituídos da hipoteca deram o bem como garantia da própria dívida, constituindo-se nos próprios beneficiários.

2. Não se pode presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da família.

3. Agravo regimental não improvido.

(AgRg no Ag 1126623/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 06/10/2010).

Com isso, revela-se imprescindível a prova de que o capital emprestado à sociedade empresária foi revertido em benefício próprio do sócio ou de seus familiares, cujo ônus é do credor; ausente na hipótese considerada, em que o aresto recorrido parte do pressuposto de que “deve prevalecer a presunção de que a dívida tenha sido revertida em favor da família, mormente pelo fato de serem marido e mulher os únicos sócios e avalistas da empresa” (fls. 303-e/STJ).

Não se sustenta também o argumento alusivo à má-fé dos recorrentes, pelo simples fato de o casal ter dado o bem em garantia e, posteriormente, o terem indicado à penhora, porque, nos termos da jurisprudência do STJ, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, suscetível a qualquer tempo e grau de jurisdição. Nesse sentido, entre outros:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. IMPENHORÁVEIS OS BENS MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DOS DEVEDORES. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A indicação do bem à penhora, pelo devedor na execução, não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/90, pois a instituição do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.

(...)

4. Recurso especial provido.

(REsp 875687/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011)

Da mesma forma, esta Corte Superior rechaçou o outro argumento reativado no acórdão ora atacado, no sentido de que os recorrentes “lançaram mão de direito disponível”, ao asseverar que “a proteção legal conferida ao bem de família pelo mesmo diploma legal não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis*.” (AgRg no REsp 1187442/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 17/02/2011). Ilustre-se, ainda:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 512 DO CPC. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. IMÓVEL DOADO AOS FILHOS DO EXECUTADO EM USUFRUTO DA EX-CÔNJUGE. FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA.

1. Não foi omisso o acórdão recorrido quanto à alegada supressão de instância, pois a Corte local entendeu que a tese da impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, suscetível a qualquer tempo e grau de jurisdição. Violação do art. 535 do CPC afastada.

2. A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública que não pode, nem mesmo, ser objeto de renúncia por parte do devedor executado, já que o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico não é do devedor, mas da entidade familiar,

que detém, com a Carta Política de 1988, estatura constitucional. Precedentes. Ausência de contrariedade ao art. 512 do CPC.

3. O fato de o recorrido já não residir no imóvel não afasta sua impenhorabilidade absoluta, já que foi transferido, no caso, para seus filhos com usufruto de sua ex-esposa. Como a lei objetiva tutelar a entidade familiar e não a pessoa do devedor, não importa que no imóvel já não mais resida o executado.

4. Se o imóvel é absolutamente impenhorável e jamais poderia ser constrito pela execução fiscal, conclui-se que a doação do bem aos filhos do executado com usufruto pela ex-esposa não pode ser considerado fraude à execução, pois não há a possibilidade dessa vir a ser frustrada em face da aludida alienação.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1059805/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 02/10/2008).

Tudo isso, culminando na atual orientação desta Corte Superior de Justiça, sufragada a partir do exame de caso praticamente idêntico ao presente, no sentido de que, “sendo a finalidade da Lei n. 8.009/90 a proteção da habitação familiar, na hipótese dos autos, demonstra-se o acerto da decisão (...), que reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel onde reside a família do sócio, apesar de ser da propriedade da empresa executada, tendo em vista que a empresa é eminentemente familiar.” (REsp 1024394/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 14/03/2008).

Alia-se a esses fundamentos, com a devida vênia, a inevitável insegurança jurídica que se poderia criar com a relativização da regra proposta no voto-divergente, a partir da consideração do percentual acionário dos sócios para os fins da Lei 8.009/90.

Do exposto, com a licença dos colegas divergentes, acompanho o voto-condutor para dar provimento ao recurso.

É como voto.

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o relator, e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial. Vencidos a Ministra Maria Isabel Gallotti e o Ministro Antonio Carlos Ferreira, que negavam provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista) e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

PROCESSO CIVIL

PROCESSO NÃO DEVE SER SUSPENSO EM RAZÃO DE EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 1.132.818 – SP

Órgão julgador: 3a. Turma

Fonte: DJe, 10.05.2012

Relator: Ministra Nancy Andrichi

PROCESSO CIVIL. PROVA. PEDIDO. APRECIÇÃO. MOMENTO. OITIVA DE TESTEMUNHA POR CARTA ROGATÓRIA REQUERIDA ANTES DO SANEAMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES.

1. A prova testemunhal por precatória ou rogatória requerida nos moldes do art. 338 do CPC não impede o Juiz de julgar a ação, muito menos o obriga a suspender o processo, devendo fazê-lo apenas quando consi-

derar essa prova imprescindível, assim entendida aquela sem a qual seria inviável o julgamento de mérito. A prova meramente útil, esclarecedora ou complementar, não deve obstar o processo de seguir seu curso regularmente.

2. Nos termos do art. 130 do CPC, não há preclusão absoluta em matéria de prova, até por se tratar de questão de ordem pública. Mesmo proferido o despacho saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar a realização de outras provas, caso entenda que essa providência é necessária à instrução do processo.

3. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 03 de maio de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por VENDEX DO BRASIL LTDA. e (...), com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: ordinária inominada, ajuizada por FUNDAÇÃO CESP em desfavor dos recorrentes e de PLAZA PAULISTA ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS S/C

LTDA., objetivando destituir os réus da administração do empreendimento denominado Shopping Center Plaza Sul.

Em sede de contestação, as recorrentes requereram, entre outras coisas, a oitiva de testemunhas, a serem inquiridas mediante expedição de carta rogatória para a Alemanha e a Holanda.

Decisão interlocutória: o Juiz de primeiro grau de jurisdição postergou a análise do pedido de produção de prova testemunhal para depois da finalização da prova pericial (fls. 184/185, e-STJ).

Agravo de instrumento: interposto pelos recorrentes objetivando a “pronta suspensão do processo e para que sejam expedidas cartas rogatórias aos juízos estrangeiros” (fls. 03/17, e-STJ).

Acórdão: o TJ/SP negou provimento ao agravo, nos termos do acórdão (fls. 265/267, e-STJ) assim ementado:

Agravo de instrumento. Ordinária. Pedido de expedição de carta rogatória. Pretensão de suspensão do feito. Descabimento. A prova oral é sempre produzida posteriormente à pericial, porquanto, se necessário, poderão ser requeridos esclarecimentos aos expertos. Além disso, não é o caso de suspensão do processo ante o previsto no art. 338 do CPC, mesmo porque deve ser interpretado em conjunto com o inciso IV, letra ‘b’, do art. 265, sendo que a prova oral por rogatória sequer foi deferida. Recurso desprovido.

Recurso especial: alega violação do art. 338 do CPC (fls. 271/283, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/SP negou seguimento ao recurso especial (fls. 306/307, e-STJ), dando azo à interposição do Ag 950.020/SP, ao qual dei provimento para determinar a subida dos autos.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar o alcance da regra contida no art. 338 do CPC, notadamente do efeito suspensivo nele previsto.

Na ótica dos recorrentes, o TJ/SP “inverteu a ordem probatória do processo ao determinar a prévia realização da prova pericial em detrimento à prova testemunhal”. Além disso, sustentam que o art. 338 do CPC “determina a suspensão do processo toda vez que a parte requerer, antes da prolação do despacho saneador, a expedição de carta precatória ou rogatória para oitiva de testemunha” (fl. 277, e-STJ).

Em primeiro lugar, saliento que à época dos fatos vigia a antiga redação do art. 338 do CPC, anterior às alterações impostas pela Lei nº 11.280/06.

De acordo com a primitiva redação do mencionado dispositivo legal, “a carta precatória e a carta rogatória não suspendem o processo, no caso de que trata o art. 265, IV, b, salvo quando requeridas antes do despacho saneador”.

Ocorre que, ao contrário do que procuram fazer crer os recorrentes, a melhor interpretação desse comando legal não permite inferir que o requerimento de produção de prova testemunhal via carta precatória ou rogatória, ainda que formulado antes do saneamento do processo, induz obrigatoriamente a suspensão do processo, muito menos que esta paralisação seja imediata.

Na realidade, a exegese que mais se harmoniza com a sistemática do CPC é a de que a regra em questão aplica-se aos casos em que a sentença de mérito não puder ser proferida senão depois de produzida determinada prova requerida por precatória ou rogatória.

Vale dizer, havendo prova testemunhal requisitada frente a outro juízo antes do saneamento, faculta-

se ao juiz determinar a suspensão do processo, ainda assim somente em momento oportuno, caso verifique a existência de prejuízo para a prolação da sentença de mérito.

Tanto é assim, que o parágrafo único do próprio art. 338 ressalva expressamente a possibilidade da carta precatória ou rogatória serem “concedidas sem efeito suspensivo”, hipótese em que poderão ser juntadas aos autos “até o julgamento final” (sem grifos no original).

Ao comentar a redação original do art. 338 do CPC, Antônio Carlos de Araújo Cintra afirma que em regra, o deferimento de cartas para fins probatórios não tem efeito suspensivo do processo”, esclarecendo que “somente os debates e a prolação da sentença aguardam a produção daquela prova, nada impedindo que nesse meio tempo sejam praticados os atos atinentes a perícia porventura necessária” e frisando que “a concessão desse efeito suspensivo é confiada à discricionariedade do juiz, a quem cabe ponderar a respeito da necessidade dessa medida, em cada caso, consideradas as circunstâncias e peculiaridades que este apresentar e tendo sempre em mente que lhe compete velar pela rápida solução do litígio (*Comentários ao código de processo civil*. vol. IV, 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38).

Constata-se, portanto, que mesmo antes das modificações introduzidas pela Lei nº 11.280/06, o entendimento já era no sentido de que a concessão de efeito suspensivo ficava a critério do Juiz. E, para afastar qualquer dúvida, o legislador houve por bem alterar a redação do art. 338 do CPC, deixando explicitamente consignado que o efeito suspensivo só se dará quando a prova requerida “apresentar-se imprescindível”.

Dessarte, ante o requerimento de prova testemunhal por precatória ou rogatória formalizado antes do saneamento, abrem-se para o Juiz duas alternativas: (i) indeferi-la, caso a con-

sidere dispensável; ou (ii) deferi-la, hipótese em que não estará, necessariamente, impedido de julgar a ação, muito menos obrigado a suspender o processo, devendo fazê-lo apenas quando considerar essa prova imprescindível, assim entendida aquela sem a qual seria inviável o julgamento de mérito. A prova apenas útil, esclarecedora ou complementar, não deve obstar o processo de seguir seu trâmite regularmente.

Note-se, nesse aspecto, que a precatória ou a rogatória podem vir ao processo a qualquer tempo, até o julgamento final, integrando, para todos os fins, o acervo probatório, daí derivando a lição de Pontes de Miranda, de que a carta “poderá ser junta aos autos na superior instância e produzirá os efeitos de convicção, que tenha, como se houvesse sido apresentada na primeira instância (inclusive dela se servirem os juízes para reformar, no todo ou em parte, a sentença)” (*Comentários ao código de processo civil*. tomo IV, 5a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 295).

Em complemento a esse raciocínio, Cassio Scarpinella Bueno observa que “a produção da prova, tal como requerida, sobrevive ao proferimento da sentença”, lembrando que “mesmo em sede de apelação são admissíveis provas novas (art. 517)”, bem como que, no limite, caberá “o ajuizamento de uma ação rescisória fundada no inciso VII do art. 485” (*Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. II, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 253), tudo a demonstrar que, estando o Juiz convicto tratar-se de prova supérflua, deve atuar no sentido de fazer prevalecer a determinação constitucional de razoável duração do processo.

Outrossim, no que tange ao fato de o Juiz ter postergado a análise do pedido de oitiva de testemunhas por carta rogatória, apesar de esse ponto da decisão não ter sido objeto do

recurso especial, vale ressaltar que, mesmo proferido o despacho saneador, não preclui a possibilidade de se determinar a produção de outras provas.

Com efeito, nos termos do art. 130 do CPC, não há preclusão absoluta em matéria de prova, até por se tratar de questão de ordem pública. Tanto é assim que se admite a conversão do julgamento em diligência sempre que o Juiz considerar a complementação da prova indispensável.

José Carlos Barbosa Moreira anota que “mesmo proferido o saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar a realização de outras provas, acaso entenda que essa providência é necessária à instrução do feito” (*O novo processo civil brasileiro*, 23a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54).

Eduardo Cambi compartilha desse entendimento e o justifica salientando que, ao sanear o processo o juiz “tem uma visão superficial dos pontos controvertidos e das provas necessárias, razão por que sua decisão sobre as provas pode ser revista” (*A prova civil*. Admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 434).

No mesmo sentido, ainda, é possível colher a opinião de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*, vol. II, 4a. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 101), bem como de Daniel Amorim Assumpção Neves (*Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 270).

Em resumo, portanto, não se vislumbra nenhuma irregularidade no fato de a ação principal ter seguido normalmente seu curso, a despeito de os recorrentes terem, antes do saneamento do processo, requerido a produção de prova testemunhal via carta rogatória, protraindo-se a análise desse pedido para depois de colhida a prova pericial.

Forte nessas razões, NEGÓ PRO- VIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

PENAL E PROCESSO PENAL

NARRATIVAS DA DENÚNCIA QUE NÃO CONSTITUEM ILÍCITOS CRIMINAIS E DESCRIÇÕES DOS FATOS OU CONDUTAS CONFUSAS AUTORIZAM O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Habeas Corpus n. 70048782312

Órgão Julgador: 4a. Câ. Crim.

Fonte: DJ, 10.07.2012

Relator: Des. Aristides Pedroso de

Albuquerque Neto

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE.

Narrativas da denúncia que não constituem ilícitos criminais, sequer em tese. Descrições dos fatos ou condutas confusas, descontextualizadas e inconclusivas, inviabilizando o exercício da garantia constitucional da ampla defesa. Ordem concedida. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, conceder a ordem para determinar o trancamento da ação penal contra os Pacientes.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA E DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE.

Porto Alegre, 28 de junho de 2012.

DES. ARISTIDES PEDROSO DE

ALBUQUERQUE NETO,

Presidente e Relator.

RELATÓRIO

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO (RELATOR)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de (...) e (...), denunciados na comarca de Gramado pela prática dos delitos de formação de quadrilha e peculato durante a realização do evento conhecido como “Natal Luz”. Alegam os impetrantes, falta de justa causa por absoluta atipicidade do fato descrito na denúncia. Requerem a concessão da ordem para determinar o trancamento da ação penal e sua respectiva anulação (fls. 02/10).

Deferida a liminar (fl. 12), vieram informações (fls. 17/19).

Parecer do Ministério Público pela denegação da ordem (fls. 21/22).

É o relatório.

VOTOS

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO (RELATOR)

Uma vez mais examina-se denúncia oferecida na Comarca de Gramado contra mais de trinta acusados por suposto cometimento de delitos de peculato e de quadrilha ou bando durante a execução do evento conhecido como “Natal Luz” nos últimos anos.

Cumprido lembrar, desde logo, que esta Câmara já concedeu ordens de “*habeas corpus*” a alguns dos denunciados por absoluta atipicidade dos fatos imputados.

Bem como afirma o eminente Procurador de Justiça em seu douto Parecer (fls. 21/23), tem proclamado esta Câmara, repetidamente, a excepcionalidade do trancamento da ação penal em seu nascedouro, por ausência de justa causa, máxime por alegada atipicidade da conduta imputada.

Mas para tal conclusão, no caso concreto, é necessária, claro que sem exame da prova, análise detida dos termos da denúncia para verificação, em tese, da conduta imputada, se ela constitui ou não ilícito criminal e, ainda, se assim como descrita, atende os requisitos do art. 41, CPP, ensejando efetivo exercício da garantia constitucional de ampla defesa.

Nem a enorme repercussão do caso, gizada no douto Parecer Ministerial, autoriza o mais breve arranhão às garantias constitucionais próprias ao Estado Democrático de Direito.

E aí vê-se, sem dificuldade maior que o detido e complexo exame da peça acusatória prolixa, que a denúncia imputa aos pacientes comportamento que sequer em tese estaria apto a constituir ilícito criminal.

Como asseverei em julgamento anterior, não se desconhece que a peça acusatória trás um prólogo introdutório em que são incluídos todos os denunciados como pertencendo à suposta organização criminosa que estaria a se aproveitar da coordenação e gerenciamento do evento Natal Luz de Gramado para o cometimento de crimes contra a Administração Pública Municipal, entre eles o de peculato-desvio, para obtenção de vantagens econômicas.

Entretanto, leitura atenta da denúncia revela a multiplicidade e diversidade dos comportamentos atribuídos aos denunciados, nem todos eles sujeitando-se, por nexos lógicos, àquele comando geral da prática delitativa. Bem ao contrário, os comportamentos individuais de alguns acusados, na forma como apresentados,

não representam qualquer ligação ou sujeição à suposta organização delitativa que até pode ter ocorrido, mas não necessariamente por todos os denunciados.

Impende gizar, não se cuida, aqui, de crime societário ou de crime de autoria coletiva, cujas atividades individuais se confundem ou integram um conjunto que inviabiliza o detalhamento.

Na espécie, a própria imputação genérica do delito de quadrilha ou bando está dependente da conduta atribuída individualmente aos pacientes: estariam eles a integrar a organização criminosa descrita na introdução da acusatória pelo fato de terem-se aproveitado de relações familiares e sociais para obtenção de vantagem econômica.

Varredura efetivada na peça acusatória e seu aditamento resultam nas seguintes imputações, quanto aos pacientes:

(2) (...) é irmão de (...) e de (...). Este último é diretor executivo do Cine Embaixador, que recebeu da ACTG/25° Natal Luz R\$ 63.000,00 em aluguéis, através de contrato de locação onde consta a anuência de (...).

(3) Os três irmãos (...) são sócios de 1/3 das cotas cada um da 3P Comércio, Turismo, Lazer e Entretenimento Ltda, que por sua vez é sócia (60,98% capital – R\$ 63.957,00) do Mundo de Gramado, Comércio, Turismo, Laser e Entretenimento, empresa que contratualmente é representada/administrada por (...) e contratualmente representada por (...).

A empresa Mundo de Gramado recebeu da ACTG/25° Natal Luz R\$ 321.318,63, entre diárias e hospedagem. Não foi localizado, no entanto, o respectivo contrato de prestação de serviço. (fls. 17, denúncia, apenso).

Mais:

(20) (...), membro da Comissão do 25° Natal Luz é filho de (...), que por sua vez é diretor do Cine Em-

baixador desde 29/04/07. O Cine Embaixador recebeu R\$ 63.000,00 em aluguéis através de contrato de locação onde consta a anuência de Luciano Peccin... (fl. 21, denúncia em apenso).

(...) sócio (95% capital – R\$ 66.500,00) da Agência de Viagens e promoções Turismo Terra Ltda, que recebeu R\$ 24.598, 27 a título de viagem e R\$ 24.850,00 pela locação de Microônibus da ACGT 25° Natal Luz e firmou contrato, com a anuência de (...), para aquisição de 9.000 ingressos no valor de R\$ 354.750,00 (fl. 21, denúncia, apenso).

Tocante ao Paciente (...), mais adiante (fl. 28, denúncia, apenso) consta: na ligação telefônica gravada no dia 19 de maio de 2011... o investigado (...) efetua uma ligação... e conversa com (...). Durante a análise deste diálogo fica evidenciada a existência de irregularidades na edição passada do Natal Luz....

Estes e apenas estes os fatos ou condutas atribuídos aos Pacientes. Um: as narrativas não constituem ilícitos criminais, sequer em tese. Dois: as descrições, como realizadas, confusas, descontextualizadas, inconclusivas, inviabilizam exercício da garantia constitucional da ampla defesa.

Concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal contra os Pacientes.

DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO – Presidente – *Habeas Corpus* nº 70048782312, Comarca de Gramado: “À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL CONTRA OS PACIENTES, NOS TERMOS DOS VOTOS PROFERIDOS EM SESSÃO.”

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS DEVE SER FEITA DE FORMA IMPESSOAL PELO EMPREGADOR

Tribunal Superior do Trabalho
Recurso de Revista n. 2088400-32.2007.5.09.0002
Órgão julgador: 7a. Turma
Fonte: DEJT, 29.06.2012
Relator: Ministro Pedro Paulo Manus

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS.

Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a revista visual de pertences dos empregados, feita de forma impessoal e indiscriminada, é inerente aos poderes de direção e de fiscalização do empregador e, por isso, não constitui ato ilícito. No presente caso, do quadro fático delineado pelo acórdão regional, entendo que não ficou evidenciado abuso de direito no procedimento de revista adotado pelo réu. Registrou-se que não houve contato físico com os empregados e não consta no acórdão que houve a exposição indevida destes durante a revista, ou a adoção de critérios discriminatórios para a realização da inspeção. Assim, não se há de falar em ato ilícito da reclamada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-2088400-32.2007.5.09.0002, em que é Recorrente KRAFT FOODS BRASIL S.A. e são Recorridos SILVONEI COUTINHO e SITEL DO BRASIL LTDA.

Em face do acórdão às fls. 1465/1494 (sequencial 01), complementado às fls. 1549/1551 (sequencial 01), oriundo do Tribunal Regio-

nal do Trabalho da 9a. Região, a 1a. reclamada interpõe recurso de revista (fls. 1555/1584 – sequencial 01).

Despacho de admissibilidade às fls. 1591/1593 (sequencial 01).

Contrarrazões às fls. 1597/1605 (sequencial 01).

Dispensado o parecer da Procuradoria-Geral, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS CONHECIMENTO

O Tribunal Regional firmou o seguinte entendimento acerca da matéria, *in verbis*:

– INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A ré Kraft pede seja afastada a condenação ao pagamento de indenização por dano moral decorrente da realização de revistas pessoais realizadas. Alega que houve interpretação equivocada da prova testemunhal produzida e que jamais realizou revistas íntimas. Se assim não se entender, alega que a simples verificação de sacolas e objetos pessoais não expõe o empregado a situação vexatória (fl. 1003). Afirma, ainda, que o autor não demonstrou a existência de prejuízo à sua honra, dignidade e boa fama (fl. 1011).

Sem razão.

De início, sinal-se que, em suas razões de recurso, a Kraft não nega as afirmações da sentença de que o documento de fl. 161 revela a preocupação por parte da Kraft em prevenir os furtos e de que a prova oral esclareceu que o procedimento foi adotado e, por questões de segurança, envolveu tanto os empregados da Kraft quanto os terceirizados.

A meu ver, a revista é forma de fiscalização do empregador que atenta à dignidade dos empregados, pois todos são, a princípio, suspeitos de se apropriarem indevidamente de objetos que não lhes pertencem. Aliás, não vejo como entender de maneira diversa tal atitude.

O contrato de trabalho é pessoal, pois cada empregado é contratado individualmente, mantendo-se em cada contrato de trabalho um grau de fidedignidade que o sustenta. Por isso, quando esta confiança deixa de existir, a solução é a extinção do contrato de trabalho.

O fato de não ter havido contato físico não torna lícita a conduta da ré, uma vez que a exigência de revista, diária ou aleatória, dos empregados, sem que existisse uma causa específica para sua realização, é forma de constrangimento. Igualmente, o exame de bolsas ou sacolas, que era o caso. Ainda assim, é evidente a ideia de que, ao abrir a bolsa, o empregado está comprovando que não subtraiu nenhum objeto que não lhe pertence, havendo ofensa à noção de que deve se partir da boa-fé de todos. Há, aqui, clara ofensa ao princípio geral da presunção de inocência, o qual deve ser considerado de maneira ainda mais firme em se tratando de relação de emprego, em que, como já afirmado, a fidedignidade é elemento essencial.

Em que pese os motivos ponderados pela ré Kraft no documento de fl. 161, ainda que existisse a possibilidade de desvio de objetos, não se pode considerar que todos os empregados são culpados, cabendo à empresa implantar, se necessário, sistemas de proteção de seu patrimônio que não ofendam a dignidade dos empregados. *Data venia*, o exame dos pertences existentes dentro de bolsas e sacolas pode expor o empregado a constrangimentos, pois o que cada um carrega consigo não é problema de mais ninguém e, por

isso, não pode ser visto sem que haja autorização.

Por todo o exposto, concluo que a revista implantada pela Kraft causou prejuízo moral ao empregado, devendo prevalecer a condenação em R\$ 15.000,00 (fl. 915), que é até inferior ao que esta Turma costuma fixar em situações semelhantes.

Nada a deferir.

NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário da ré Kraft. –

A recorrente sustenta no tocante à revista dos empregados, que da forma como procedida, não caracterizou ato ilícito, porque não houve excesso, abuso ou contato físico, sendo um direito do empregador zelar pelo seu patrimônio. Aponta violação dos artigos 818 da CLT; 186, 187 e 927 do Código Civil e 333, I, do Código de Processo Civil. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O segundo aresto colacionado às fls. 1563 (sequencial 01), oriundo do TRT da 12a. Região, enseja a admissibilidade do recurso de revista, pois consigna a tese de que a revista rotineira feita pelo empregador em bolsas e sacolas dos empregados, de forma não abusiva e sem expor a situação vexatória, não configura dano moral e, portanto, não enseja a reparação civil.

Conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, nos moldes do artigo 896, –a–, da CLT.

MÉRITO

Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a revista visual de pertences dos empregados, feita de forma impessoal e indiscriminada, é inerente aos poderes de direção e de fiscalização do empregador e, por isso, não constitui ato ilícito.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

– RECURSO DE REVISTA. 2. DANO MORAL. REVISTA.

OBJETOS PESSOAIS DO EMPREGADO. VALOR INDENIZATÓRIO. A egrégia Turma, com base na análise dos fatos e provas produzidos nos autos, consignou que a reclamada procedia à revista pessoal em seus empregados, restando incontroverso que tais práticas se davam de forma generalizada e apenas nos pertences dos funcionários, sem o contato físico. Neste contexto, a jurisprudência deste colendo Tribunal Superior do Trabalho inclina-se no sentido de que a revista em objetos pessoais – bolsas e sacolas – dos empregados da empresa, realizada de modo impessoal, geral, sem contato físico ou exposição de sua intimidade, não submete o trabalhador a situação vexatória ou caracteriza humilhação, vez que decorre do poder diretivo e fiscalizador do empregador, revelando-se lícita a prática desse ato. Em que pese ter o egrégio Tribunal Regional utilizado a expressão – revista íntima –, depreende-se do seu suporte fático que as revistas se dirigiam apenas aos pertences dos trabalhadores, de forma generalizada e sem contato físico, o que afasta a ocorrência de violação à intimidade do reclamante. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.– (Processo: RR – 2368300-76.2009.5.09.0013 Data de Julgamento: 14/03/2012, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2a. Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2012.)

– RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO – DANO MORAL. EMPREGADO SUBMETIDO A REVISTAS VISUAIS EM BOLSAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. O entendimento adotado pelo Regional no sentido de que – a revista visual de bolsas dos empregados configura dano moral, razão pela qual se deve aplicar

uma indenização pertinente – está em desarmonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a revista visual realizada nos pertences dos empregados (bolsas, armários e veículos), de forma razoável, assim considerada aquela em que não ocorre contato corporal ou despimento e desvinculada de caráter discriminatório, não configura, por si só, ato ilícito a ensejar a reparação por dano de índole moral, mas constitui exercício regular do poder de direção e fiscalização do empregador. Recurso de Revista conhecido e provido.– (Processo: RR – 88500-02.2008.5.19.0004 Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8a. Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2012.)

– RECURSO DE REVISTA – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – REVISTA VISUAL DO EMPREGADO E DE BOLSAS E SACOLAS – AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO. A revista apenas visual do empregado e de bolsas e sacolas dos funcionários da empresa, realizada de modo impessoal, geral, sem contato físico e sem expor a intimidade do obreiro, não submete o trabalhador à situação vexatória e não abala o princípio da presunção da boa-fé que rege as relações de trabalho. O ato de revista do funcionário e de bolsas e sacolas, por meio de verificação meramente visual, é lícito e consiste em prerrogativa do empregador inserida dentro do seu poder diretivo, não caracterizando prática excessiva de fiscalização capaz de atentar contra os direitos da personalidade do empregado, em especial sua dignidade e intimidade. Recurso de revista não conhecido.– (Processo: RR – 86700-12.2008.5.09.0005 Data de Julgamento: 08/02/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1a. Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012.)

– DANO MORAL. REVISTA NAS BOLSAS E SACOLAS DOS EMPREGADOS. Diante dos fatos registrados pelo Tribunal de origem, entendo que a revista efetuada em relação à reclamante, na sua bolsa ou sacola, sem contato físico ou revista íntima, não teve caráter ilícito, apto a ser reparado por meio de indenização por dano moral. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.– (RR – 228900-04.2006.5.09.0008, Rel. Ministro: João Batista Brito Pereira, 5a. Turma, DEJT 01/04/2011)

No presente caso, do quadro fático delineado pelo acórdão regional, entendo que não ficou evidenciado abuso de direito no procedimento de revista adotado. Registrou-se que não houve contato físico com os empregados e não consta no acórdão que houve a exposição indevida destes durante a revista, ou a adoção de critérios discriminatórios para a realização da inspeção. Assim, não se há de falar em ato ilícito da reclamada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação o pagamento da indenização por dano moral.

Fica prejudicado o exame do tema atinente ao valor dessa indenização.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema – Indenização por dano moral – revista visual de bolsas e sacolas- e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento da indenização por dano moral, ficando prejudicada a análise do tema atinente ao valor dessa indenização. Vencida a Exma. Ministra Delaíde Miranda Arantes. Mantém-se o valor arbitrado à condenação.

Brasília, 27 de junho de 2012.

Pedro Paulo Manus – Ministro Relator

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

É CONSTITUCIONAL LEI ESTADUAL QUE CONCEDE ISENÇÃO DE TAXA PARA A INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

Supremo Tribunal Federal
Agravamento Regimental no Recurso Extraordinário n. 396.468 – SE
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJe, 19.06.2012
Relator: Ministro Marco Aurélio

CONCURSO PÚBLICO – ISENÇÃO DE TAXA DE INSCRIÇÃO

– É constitucional a Lei local nº 2.778/89, no que implicou a concessão de isenção de taxa para a inscrição em concurso público. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.672-1/ES – Pleno – Relatora Ministra Ellen Gracie cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 10 de novembro de 2006.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em desprover o agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 22 de maio de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por meio da decisão de folhas 96 e 97, neguei seguimento ao extraordinário, consignando:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONCURSO PÚBLICO –

TAXA – ISENÇÃO – LEI ESTADUAL – CONSTITUCIONALIDADE – PRECEDENTE DO PLENÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe concedeu a segurança requerida, consignando (folha 55):

Mandado de segurança – Concurso público. Isenção da taxa de inscrição. Lei Estadual n. 2.778/89. Constitucionalidade. Precedentes. Segurança deferida. – Constitucionalidade. Precedentes da Corte local, a Lei Estadual n. 2778/89, que isenta o servidor público do pagamento de taxa de inscrição de concurso público, sob o entendimento de que tal não ofende o princípio da isonomia tributária. – Mandado de segurança deferido.

2. O Supremo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.672-1/ES, assentou a harmonia, com a Carta da República, da Lei nº 6.663, de 26 de abril de 2001, do Estado do Espírito Santo, que concedia idêntico benefício. O acórdão, cuja publicação ocorreu no Diário da Justiça de 10 de novembro de 2006, restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada.

Noutro giro, não ofende a Carta Magna a utilização do salário mínimo como critério de aferição do nível de pobreza dos aspirantes às carreiras públicas, para fins de con-

cessão do benefício de que trata a Lei capixaba nº 6.663/01.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

3. Ante o quadro, nego seguimento a este extraordinário.

4. Publiquem.

O Estado de Sergipe, na minuta de folha 100 a 104, sustenta que o precedente evocado não se aplica ao caso concreto. Salaria que “enquanto a lei sergipana isenta os servidores públicos do pagamento das taxas de inscrição de qualquer concurso promovido por entidade pública estadual de qualquer dos poderes, a lei capixaba concede o benefício aos desempregados e aos trabalhadores que ganham até 03 (três) salários mínimos por mês” (folha 102). Articula com ofensa ao princípio constitucional da isonomia, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º, inciso III, da Lei estadual nº 2.778/89.

O agravado, apesar de intimado, não apresentou contraminuta (certidão de folha 116).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste agravo, observaram-se os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por procurador estadual, foi protocolada no prazo assinado em lei. Conheço.

Atendem para o que decidido pelo Tribunal de origem. Concedeu-se a segurança requerida, proclamando-se a constitucionalidade da Lei estadual nº 2.778/89, que implicara a concessão de isenção, ao servidor público, do pagamento de taxa de inscrição de concurso público.

Confirmam à folha 55. O entendimento adotado está em consonância com a jurisprudência do Supremo. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.672-1/ES, da relatoria da ministra Ellen

Gracie, assentou-se a harmonia, com a Carta da República, da Lei nº 6.663/01, do Estado do Espírito Santo, que concedia idêntico benefício. O acórdão, cuja publicação ocorreu no Diário da Justiça de 10 de novembro de 2006, ficou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada. Noutro giro, não ofende a Carta Magna a utilização do salário mínimo como critério de aferição do nível de pobreza dos aspirantes às carreiras públicas, para fins de concessão do benefício de que trata a Lei capixaba nº 6.663/01.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Ante o quadro, desprovejo o regimental.

EXTRATO DE ATA

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1a. Turma, 22.5.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza – Secretária da Primeira Turma

TRIBUTÁRIO

EXTRAVIO DE MERCADORIA IMPORTADA SOB SUSPENSÃO DE TRIBUTOS NÃO GERA OBRIGAÇÃO FISCAL PARA O TRANSPORTADOR

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1.101.814 – SP
Órgão julgador: 1a. Turma
Fonte: DJe, 29.05.2012
Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MERCADORIAS DESTINADAS A LOJA FRANCA. REGIME DE SUSPENSÃO DE IMPOSTOS. EXTRAVIO E AVARIAS. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. O transportador não responde no âmbito tributário por extravio ou avaria de mercadorias ocorrida na importação efetivada sob o regime de suspensão de impostos.

2. A suspensão funciona como uma espécie de isenção temporária, que se converte em definitiva, por assim dizer, no momento em que ocorre a comercialização do produto em loja franca.

3. Caso a internação se realizasse normalmente, não haveria tributação em virtude da isenção de caráter objetivo incidente sobre os bens importados. Logo, como houve extravio, não se pode falar em responsabilidade subjetiva do transportador, em razão da ausência de prejuízo fiscal.

4. Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior

Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 22 de maio de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Presidente e Relator

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, em que se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3a. Região, que deu provimento à apelação do contribuinte, declarando inexigível o crédito tributário, relativo ao imposto de importação e respectiva multa, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Decidiu o Tribunal de origem, em resumo, que, havendo o extravio de mercadoria destinada a loja franca, importada sob o regime de suspensão de impostos, o transportador não deve ressarcir os cofres públicos.

Transcrevo a ementa do acórdão (fls. 192/194):

PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 516 DO CPC. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. ANULATÓRIA DE DÉBITO. MERCADORIA IMPORTADA DESTINADA A LOJA FRANCA. EXTRAVIO. FATO GERADOR DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. INOCORRÊNCIA. SUCUMBÊNCIA.

1. A preliminar de nulidade da sentença, por suposta negativa de prestação jurisdicional, por violação

aos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil não procede. Tampouco o pedido para que seja feita a remessa dos autos ao Juízo *a quo*, para que seja proferida outra sentença, analisando o tópico abordado pela autora. De acordo com o artigo 516, do Código de Processo Civil as questões anteriores, ainda não decididas, estarão sujeitas à análise em segundo grau, sem que com isso haja supressão de instância ou preclusão da matéria.

2. O ponto nodal da questão refere-se à ocorrência ou não do fato gerador do imposto de importação, imputado à autora em face da avaria ocorrida em bem que transportou, tendo em vista que a mercadoria foi importada com suspensão de impostos, sendo destinada à Loja Franca.

3. As situações avaria ou extravio são previstas expressamente pelo Regulamento aduaneiro, inseridas no art. 467, cujas ocorrências destinam-se a identificar o responsável e apurar o crédito tributário dele exigível (art. 468 do mesmo Regulamento).

4. A responsabilidade tributária implicará na conjugação de várias situações, dentre elas a de entrar o bem no território nacional para o consumo, ter sido extraviada ou avariada e quem lhe deu causa, nas formas dos artigos 478 a 485 do Regulamento Aduaneiro.

5. Sustenta a autora tratar-se de produtos isentos, enquanto a sentença admitiu tratar-se de importação com suspensão de impostos, porquanto os bens destinavam-se à venda em zona franca.

6. Para a tributação levada a efeito, decorrente da avaria, ainda que se considerassem os produtos importados isentos, alegou a União Federal que a regra isentiva destina-se ao importador e não ao transportador e que, o mesmo deve ser responsabilizado pelo extravio. Diz tratar-se de obrigação legal, na forma preconizada pelo artigo 12 do Decreto-Lei 37/66.

7. Entretanto, de isenção não se trata. A operação é tributada e a suspensão dos impostos vincula-se à condição a ser cumprida pelo importador.

8. As mercadorias eram destinadas à Loja Franca e, por essa razão, não estavam sujeitas à tributação.

9. A avaria ou extravio do bem não pode modificar os critérios de outorga de isenção ou de suspensão dos impostos. A isenção, caso ocorresse, seria de caráter objetivo, conferida aos produtos importados, pois é instituída em função do fato, objetivamente considerado. A suspensão dos impostos, tendo como pressuposto a venda nas Lojas Francas, resolver-se-á quando ocorrer o acontecimento futuro e certo, ao qual se obrigou o importador, mantendo-se a suspensão dos tributos até a sua implementação.

10. No caso de suspensão de impostos, estaria sendo atribuída à avaria ou ao extravio a causa determinante do descumprimento das condições daquela suspensão, mesmo não mantendo qualquer relação com a importação realizada e o destino desses bens (Port. MF nº 0168/93, revogada pela Port. MF 204/96), suspensão que se converteria em isenção, ao ser cumprida a destinação proposta pelo importador.

11. Está a Administração conferindo à avaria ou ao extravio consequências jurídicas, onerando o transportador, que não se coadunam com os mecanismos de suspensão de impostos e de regras de isenção, conforme prescreve a Lei 8.032/90, *in casu*, concedido àqueles bens que se destinam à Loja Franca. Ademais, conforme mencionado anteriormente, vendidos os bens, nas condições propostas, a suspensão dos tributos converte-se em isenção.

12. Consigne-se, ainda, que as lojas francas, consoante prescreve o artigo 396, do Regulamento Aduaneiro (Decreto 91030/85), são exploradas por pessoas e firmas habilitadas pe-

rante a Secretaria da Receita Federal, estando os seus permissionários autorizados a importar as mercadorias, com suspensão do pagamento de tributos, até serem vendidas, conforme as regras traçadas por referido ordenamento, as quais são mantidas em depósito e sob controle fiscal.

13. Dessa forma, pode-se concluir que o não cumprimento do regime de suspensão de impostos somente poderia ser feito pelos seus beneficiários, não tendo o extravio, ou ainda uma possível avaria, a força legal para converter o regime entabulado, apenas para fins tributários, responsabilizando-se o transportador por fato que não se confunde com o regime, admitido apenas ao importador, conforme preceituam as regras nesse sentido.

14. Anote-se que o regime aqui tratado se assemelha ao do trânsito aduaneiro, em que há a suspensão dos tributos das mercadorias que ingressem no país, sob essa modalidade, e enquanto não se verificar a condição resolutiva, ou seja, a sua entrega no destino. As mercadorias destinadas às Lojas Francas, igualmente, não são destinadas ao consumo interno, mas aos passageiros de viagens internacionais estão instaladas em Zonas Primárias de portos ou aeroportos alfandegados, não restando configurado, igualmente, o fato gerador do imposto de importação.

15. Apelação a que se dá provimento, declarando inexigível o crédito apontado e anulando o lançamento tributário, lavrado em face da autora, relativo à exigência do Imposto de Importação e respectiva multa, constante do processo administrativo nº 11128-000.695/95-71, invertendo-se o ônus da sucumbência, cujo percentual se harmoniza aos precedentes desta Turma.

Opostos embargos de declaração (fls. 205/212), foram rejeitados.

A FAZENDA NACIONAL sustenta contrariedade ao art. 535 do Có-

digo de Processo Civil, à asserção de que o Tribunal de origem não analisou “todas as questões debatidas pela sentença” (fl. 217). Quanto ao mérito, aponta ofensa aos arts. 1º e 73 do Decreto-Lei 37/66, 478, 479 e 481 do Decreto 91.030/85 e 96 e 100, I, do Código Tributário Nacional, ao argumento, em essência, de que “o transportador é o responsável pelo tributo e não deve ser agraciado pela suspensão do imposto, uma vez que somente seria isento se a mercadoria fosse vendida na loja franca, o que nunca acontecerá no caso concreto, frente ao extravio” (fl. 219).

Sem contrarrazões e inadmitido o recurso especial na origem (227/231), os autos subiram mediante provimento de agravo de instrumento.

A Ministra DENISE ARRUDA, então relatora, negou seguimento ao recurso especial, ao fundamento de que: a) não houve ofensa ao art. 535 do CPC; b) o Superior Tribunal de Justiça entende não ser devido imposto de importação pelo transportador quando as mercadorias importadas estão ao abrigo do benefício fiscal da isenção.

Contra referida decisão foi interposto agravo regimental, ao argumento de que os precedentes citados na decisão agravada referiam-se à isenção, quando na verdade os autos versam sobre extravio de mercadorias importadas sob o regime de suspensão de impostos.

Diante da pertinência das razões da Fazenda Nacional, reconsiderarei a decisão agravada, tornando-a sem efeito e determinei a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Inicialmente, afastado a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto as questões suscitadas foram adequadamente apreciadas pelo acórdão recorrido. Assim, apesar de oposto

aos interesses da recorrente, o acórdão adotou fundamentação apropriada para a conclusão por ele alcançada. Ademais, não há confundir decisão contrária ao interesse da parte com a falta de pronunciamento do órgão julgador.

Narram os autos que a parte recorrida, Pro Line Limited & CO GMBH, transportadora marítima, representada pela Neptunia Cia de Navegação, ajuizou a presente ação de anulatória de débito fiscal, insurgindo-se contra a Notificação de Lançamento 002/95, referente à cobrança de imposto de importação incidente sobre mercadoria extraviada e a correspondente multa no percentual de 100% (cem por cento), que gerou crédito tributário no montante de R\$ 5.039,32 (cinco mil e trinta e nove reais e trinta e dois centavos).

Em resumo, versam os autos sobre o direito à anulação de débito fiscal, consistente na exigência de imposto de importação e respectiva multa sobre bens extraviados cuja importação foi efetivada em regime de loja franca.

Como relatado, alega a Fazenda Nacional que incide o imposto de importação, uma vez que as mercadorias destinadas a loja franca, que foram extraviadas e avariadas, estão sob o regime de suspensão de impostos, pelo qual somente não será devido o tributo se implementada a condição de serem vendidas no local legalmente autorizado.

Sustenta que o fato gerador do imposto de importação é a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional, “não havendo qualquer ressalva sobre o destino da mesma a excluir a exação” (fl. 219).

Os dispositivos legais tidos por violados assim prescrevem:

Decreto-Lei 37/66

Art. 1º – O imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional. (Re-

dação dada pelo Decreto-Lei 2.472, de 1º/9/1988).

.....
 § 2º – Para efeito de ocorrência do fato gerador, considerar-se-á entrada no Território Nacional a mercadoria que constar como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira. (Parágrafo único renumerado para § 2º pelo Decreto-Lei 2.472, de 1º/9/1988)

Art. 73 – O regime de trânsito é o que permite o transporte de mercadoria sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos. (grifos nossos)

Decreto 91.030/85

Art. 478. A responsabilidade pelos tributos apurados em relação à avaria ou extravio de mercadoria será de quem lhe deu causa (Decreto-Lei nº 37/66 art. 60, parágrafo único).

§ 1º Para efeitos fiscais, é responsável o transportador quando houver (Decreto-Lei 37/66, art. 39, § 1º, e art. 41, I a III):

.....
 II – falta de mercadoria em volume descarregado com indício de violação;

Art. 479. O depositário responde por avaria ou falta de mercadoria sob sua custódia, assim como por danos causados em operação de carga ou descarga realizada por seus prepostos.

Parágrafo único. Presume-se a responsabilidade do depositário no caso de volumes recebidos sem ressalva ou protesto.

Art. 481. Observado o disposto no art. 107, o valor dos tributos referentes à mercadoria avariada ou extraviada será calculado à vista do manifesto ou dos documentos de importação (Decreto-Lei 37/66, art. 112 e parágrafo único).

.....
 § 3º No cálculo de que trata este artigo, não será considerada isenção ou redução de imposto que beneficie a mercadoria.

Código Tributário Nacional:

Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

Segundo o art. 478 do Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/85, vigente à época), a responsabilidade pelos tributos apurados em relação a avaria ou a extravio de mercadoria será de quem lhe der causa. Por sua vez, o § 1º, II, do referido dispositivo responsabiliza o transportador pela falta de mercadoria em volume descarregado com indício de violação. No caso, segundo as instâncias ordinárias, o transportador dera causa ao desvio.

Os créditos relativos aos tributos e direitos correspondentes às mercadorias extraviadas na importação serão exigidos do responsável mediante lançamento de ofício. O erário deve ser ressarcido. Essa é a regra.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem iterativamente decidido que, no caso de extravio de mercadoria importada ao abrigo de isenção do tributo, o transportador não é responsável pelo pagamento deste. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. EXTRAVIO. MERCADORIA ISENTA.

I – O parágrafo único do artigo 66 do Decreto-lei nº 37/66 estabelece que havendo dano, avaria ou extravio de mercadoria importada, caberá indenização à Fazenda Nacional pelo que deixar de recolher.

II – No caso de mercadoria importada sob o regime de isenção, não há o que indenizar, dessa forma, o transportador não pode ser responsabilizado pelo pagamento do tributo.

III – Recurso especial improvido. (REsp 726.285/AM, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ 6/3/06)

TRIBUTÁRIO – IMPORTAÇÃO – EXTRAVIO DE MERCADORIA – ISENÇÃO DE IMPOSTO – IRRESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR – PRECEDENTES.

1. Jurisprudência firmada por esta Corte entende que não cabe responsabilizar o transportador pelo pagamento de tributo sobre mercadoria avariada ou extraviada quando o produto importado está isento de imposto de importação.

2. Precedentes do STJ.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.127.607/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 20/11/09)

Com efeito, prevalece o entendimento de que, se não havia imposto a ser pago em relação à mercadoria, caso a internação ocorresse normalmente, em virtude do benefício fiscal de isenção, o transportador não responde no âmbito tributário por avaria ou extravio.

Ocorre que, conforme afirmado, não se trata de isenção já concedida de plano, mas de mercadorias importadas sob o regime de suspensão de impostos, destinadas à comercialização em loja franca (*duty free*).

É oportuno registrar que loja franca é um estabelecimento instalado em zona primária de porto ou aeroporto alfandegado, destinado à comercialização de mercadoria nacional e estrangeira, mediante pagamento em moeda estrangeira conversível.

Outrossim, a mercadoria estrangeira importada permanecerá com suspensão do pagamento de tributos até a sua venda, quando, então, converterá automaticamente a suspensão

em isenção, conforme dispõe o Decreto-Lei 1.455/76:

Art. 15. Na zona primária de porto ou aeroporto poderá ser autorizado, nos termos e condições fixados pelo Ministro de Estado da Fazenda, o funcionamento de lojas francas para venda de mercadoria nacional ou estrangeira a passageiros de viagens internacionais, na chegada ou saída do País, ou em trânsito, contra pagamento em moeda nacional ou estrangeira. (Redação dada pela Lei 11.371/06)

§ 1º Somente poderão explorar as lojas de que trata este artigo as pessoas ou firmas habilitadas pela Secretaria da Receita Federal, através de um processo de pré-qualificação.

§ 2º A mercadoria estrangeira importada diretamente pelos concessionários das referidas lojas permanecerá com suspensão do pagamento de tributos até a sua venda nas condições deste artigo.

§ 3º Quando se tratar de aquisição de produtos nacionais, estes sairão do estabelecimento industrial ou equipado com isenção de tributos.

Diante do extravio dessas mercadorias por ocasião de sua internação, surge a controvérsia a respeito da existência ou não responsabilidade tributária do transportador.

Ora, se na hipótese de isenção o transportador não responde por extravio ou avaria de mercadoria, na importação efetivada sob o regime de suspensão de impostos também não responderá. Isso porque se pode afirmar que a suspensão funciona como uma espécie de isenção temporária, que se converte em definitiva, por assim dizer, no momento em que ocorre a comercialização do produto em loja franca.

Para corroborar essa compreensão, basta esclarecer que, se os produtos comercializados em loja franca forem nacionais, estes já sairão do estabelecimento com isenção de tributos, conforme dispõe o art. 15, § 3º, do Decreto-Lei 1.455/76.

A legislação tributária, nessas hipóteses, na expectativa de que o bem importado será destinado à comercialização em área livre da incidência de impostos, permite que o contribuinte o interne, de forma condicional, ao desamparo de pagamento de tributos.

Pode-se afirmar que se cuida de uma condição, qual seja, a de que a mercadoria seja comercializada em loja franca, que, no entanto, no caso em exame, não se implementou, ante o extravio.

Os fundamentos do acórdão recorrido apresentam-se sólidos e consistentes no sentido da ausência de responsabilidade do transportador no caso de desvio de mercadoria importada ao abrigo da suspensão de impostos. Foi ressaltado que a tributação na hipótese determina evidente alteração nos critérios de outorga do benefício fiscal, de caráter objetivo para subjetivo, que não se compadecem com o ordenamento jurídico.

Do voto condutor, proferido pela eminente Juíza Federal convocada ELIANA MARCELO, transcrevo o seguinte excerto, que bem esclarece essa compreensão (fls. 188/189):

Partindo dessas concepções, tem-se que a avaria ou extravio do bem não pode modificar os critérios de outorga de isenção ou de suspensão dos impostos. A isenção, caso ocorresse, seria de caráter objetiva, conferida aos produtos importados, pois é instituída em função do fato, objetivamente considerado. A suspensão dos impostos, tendo como pressuposto a venda nas Lojas Francas, resolver-se-á quando ocorrer o acontecimento futuro e certo, ao qual se obrigou o importador, mantendo-se a suspensão dos tributos até a sua implementação.

Tanto na primeira hipótese, a de isenção tributária, quando na segunda, de suspensão de impostos, a avaria ou o extravio não fará surgir a obrigação tributária para o transportador.

Pensar de forma contrária, fazendo nascer tal obrigação fiscal, em virtude de extravio ou avaria, equivaleria à transmutação de uma isenção objetiva para uma subjetiva, ou seja, todo o transportador seria o responsável pelo pagamento de impostos, mesmo estando as mercadorias isentas. Da mesma forma, no caso da suspensão dos impostos, vindo a ocorrer a avaria ou extravio dos bens, haveria a transferência do sujeito obrigado, passando a responsabilidade a terceira pessoa, alterando-se as causas determinantes da suspensão, não admitido por este instituto.

Ademais, no caso de suspensão de impostos, estaria sendo atribuída à avaria ou ao extravio a causa determinante do descumprimento das condições daquela suspensão, mesmo não mantendo qualquer relação com a importação realizada e o destino desses bens (Port MF nº 0168/93, revogado pela Port. MF nº 204/96), suspensão que se converteria em isenção, ao ser cumprida a destinação proposta pelo importador.

.....
Dessa forma, pode-se concluir que o não cumprimento do regime de suspensão de impostos somente poderia ser feito pelos seus beneficiários, não tendo o extravio, ou ainda uma possível avaria, a força legal para converter o regime entabulado, apenas para os fins tributários, responsabilizando-se o transportador por fato que não se confunde com o regime, admitido apenas ao importador, conforme preceituam as regras nesse sentido.

Com efeito, caso a internação se realizasse normalmente, não haveria tributação em virtude da isenção de caráter objetivo incidente sobre os bens importados. Logo, como houve extravio, não se pode falar em responsabilidade subjetiva do transportador, em razão da ausência de prejuízo fiscal.

Por fim, cabe registrar que a Primeira Turma já decidiu que o trans-

portador não poderá responder por valor que supere aquele que seria devido, caso se concretizasse a importação, consoante atesta a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. REDUÇÃO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TRANSPORTADOR. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual, no caso de extravio de mercadoria importada ao abrigo de isenção do tributo, o transportador não é responsável pelo valor deste.

2. Se na hipótese de isenção o transportador não responde, na importação efetivada ao abrigo de redução legal do imposto também não responderá, logicamente, pelo que exceder ao valor que seria devido caso se concretizasse a importação.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.090.518/RJ, de minha relatoria, Primeira Turma, DJE 24/8/2011)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

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 do recurso especial, mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

CIVIL E COMERCIAL

Certidão de regularidade fiscal estadual é desnecessária para o registro de alteração contratual na Junta Comercial

Junta comercial. Exigência de regularidade fiscal estadual para registro de atos constitutivos e suas respectivas alterações. Ilegalidade. 1. A exigência de certidão de regularidade fiscal estadual para o registro de alteração contratual perante a Junta Comercial não está prevista na lei de regência (Lei n. 8.934/1994), nem no decreto federal que a regulamentou (Decreto n. 1.800/1996), mas em decreto estadual, razão pela qual se mostra ilegítima. 2. Recurso especial conhecido, mas não provido. (STJ - Rec. Especial n. 724015/PE - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira - Fonte: DJe, 21.05.2012).

Contratação expressa da capitalização de juros não pode ser deduzida por divergências entre taxas

Civil. Bancário. Recurso especial. Ação de revisão contratual. Capitalização de juros. Contratação expressa. Necessidade de previsão. Descaracterização da mora. 1. A contratação expressa da capitalização de juros deve ser clara, precisa e ostensiva, não podendo ser deduzida da mera divergência entre a taxa de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal. 2. Reconhecida a abusividade dos encargos exigidos no período de normalidade contratual, descaracteriza-se a mora. 3. Recurso especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1302738/SC - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 10.05.2012).

Envio massivo de propaganda a filho falecido enseja indenização por dano moral

Indenizatória por danos morais. Banco. Envio de propaganda massiva e insistente de oferta de serviços não solicitados, via correspondência e telemarketing, sempre destinados ao filho do casal de autores, jovem há anos falecido. Prática comercial abusiva, agressiva, impessoal e irregular. Absoluto desrespeito ao consumidor, inclusive a despeito das diversas comunicações na tentativa de fazer cessar os contatos. Pretensão resistida. Majorado o *quantum* fixado a título de danos morais ao patamar do juizado especial, ante a gravidade e extensão lesiva dos fatos, bem como em atenção à capacidade econômica da ré e os aspectos punitivo e profilático da medida. Recurso provido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 71003550910 - Veranópolis - 3a. T. Rec. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Carlos Eduardo Richinitti - Fonte: DJ, 19.06.2012).

NOTA BONIJURIS: *Transcrevemos trecho da decisão: “Tenho que o caso ora em análise é emblemático. De um lado temos uma instituição financeira de grande porte que, em desrespeito ao Código do Consumidor, ingressa de forma contumaz no ambiente familiar, insistindo, por correspondência ou por telefone, em vender produtos a um filho morto, causando aos genitores dor e sofrimento, renovando sentimentos naturais de tristeza ao impor aos sofridos pais um tratamento ao ente querido como se vivo estivesse, quando, na verdade, é ele hoje apenas lembrança e saudade.”*

Impossível decretação da falência de empresa por débito de valor ínfimo

Recurso especial. Ação de falência ajuizada sob a égide do Decreto-Lei 7.661/1945. Impontualidade. Débi-

to de valor ínfimo. Princípio da preservação da empresa. 1. O princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário, de modo que refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da quebra. 2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes. 3. Recurso especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1023172/SP - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 15.05.2012).

NOTA BONIJURIS: *Art. 94 da Lei 11.101/2005: “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.”*

Indenização do DPVAT deve ser proporcional ao grau de invalidez

Apelação cível - Cobrança de seguro obrigatório - DPVAT - Acidente automobilístico ocorrido em 1998 - Sentença que reconhece ocorrência de prescrição - Declaração nos autos de realização de tratamento fisioterápico - Prazo prescricional a partir da ciência da efetiva extensão das sequelas - Súmula 278 - Laudo do IML de 2009 - Ação ajuizada em 2010 - Prescrição não configurada - Feito maduro para julgamento - Aplicação do disposto no art. 515, § 3º do CPC - Dever

de indenizar - Invalidez permanente aferida em 20% (vinte por cento) - Indenização proporcional ao grau de incapacidade aferido em laudo pericial - Ausência de qualquer pagamento - Valor de indenização no caso de invalidez permanente de até 40 salários mínimos - Adota-se o valor do salário mínimo vigente a época do evento danoso - Correção monetária - Termo inicial - Data do evento danoso - Juros de mora - A partir da citação - Ação julgada parcialmente procedente com redistribuição da sucumbência - Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 863595-0 - Londrina - 8a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Substituto em 2º Grau Marco Antonio Massaneiro - Fonte: DJ, 05.06.2012).

Indenização por dano moral decorrente de defeito em veículo novo somente é possível quando ultrapassar mero dissabor

Recursos especiais. Ação de indenização. Veículo novo. Defeito. Intempestividade de um dos recursos especiais. Danos materiais e morais. Art. 18 § 3º do CDC. Depreciação do veículo. Substituição do bem. Súmula 7. Dano moral inexistente. 1. É intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo de 15 dias previsto no artigo 508 do Código de Processo Civil. 2. Ainda que tenham sido substituídas as partes viciadas do veículo no prazo estabelecido no art. 18 § 1º do CDC, o consumidor pode se valer da substituição do produto, com base no § 3º do mesmo artigo, se depreciado o bem. 3. A conclusão acerca da depreciação do bem, a que chegou o Tribunal de origem com base nas provas dos autos, não pode ser revista no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. A jurisprudência do STJ, em hipóteses de aquisição de veículo novo com defeito, orienta-se no sentido de que não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou

abalo à honra e à dignidade do autor. 5. Hipótese em que o defeito, reparado no prazo legal pela concessionária, causou situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais. 6. Recurso especial de Alvema - Alcântara Veículos e Máquinas Ltda não conhecido e recurso especial de Fiat Automóveis S/A parcialmente provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1.232.661/MA - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti - Fonte: DJe, 14.05.2012).

Poder Judiciário pode realizar controle de legalidade do plano de recuperação judicial elaborado pela assembleia de credores

Recurso especial. Recuperação judicial. Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1314209/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJ, 31.05.2012).

Quando ausente prejuízo a terceiros é possível modificação do prenome

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Alteração do prenome. Possibilidade. Substituição pelo nome pela qual a requerente é conhecida socialmente. Ausência de prejuízo a terceiros e impedir a alteração de seu prenome. Inteligência do art. 57 da Lei 6.015/73. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 852998-4 - Curitiba - 11a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Fernando Wolff Bodziak - Fonte: DJ, 21.06.2012).

IMOBILIÁRIO

A simples utilização da Tabela Price não configura, necessariamente, a capitalização de juros em contrato de financiamento imobiliário

Embargos do devedor. Contrato de financiamento imobiliário. Capitalização de juros. Tabela Price. Prova pericial que afasta a prática. Presunção afastada. Embora seja consenso neste Tribunal que a prévia estipulação no contrato da tabela Price presume a capitalização de juros, não procede a pretensão de reconhecimento de sua existência e seu consequente expurgo, quando prova pericial idônea afasta a cobrança de juros sobre juros. Apelação provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 802744-1 - Curitiba - 15a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Hamilton Mussi Corrêa - Fonte: DJ, 05.07.2012).

Infiltração em apartamento que perdura por muitos anos gera indenização por dano moral

Indenização. Dano moral. Condenação. Direito de vizinhança. Danos em apartamento inferior provocados por infiltração em apartamento superior. Duração por longo tempo resultando constante e intenso sofrimento psicológico. Desídia de responsável em reparar a infiltração. 1.- Condena-se ao pagamento de indenização por dano moral o responsável por apartamento de que se origina infiltração não reparada por longo tempo por desídia, provocadora de constante e intenso sofrimento psicológico ao vizinho, configurando mais do que mero transtorno ou aborrecimento. 2.- Recurso Especial provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1313641/RJ - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe 29.06.2012).

Morador que tem sua candidatura a síndico impedida por inadimplência não possui direito à reparação extrapatrimonial

Apelação cível. Condomínio. Ação de indenização por danos morais. Assembleia. Acusação de inadimplência. Dano moral. Inexistência. Verba honorária. Manutenção. I - Nem todo ilícito é capaz de gerar abalo na esfera moral. O fato de ser ressaltada a inadimplência do autor em assembleia e a proibição de candidatura ao cargo de síndico não constitui ilícito capaz de ensejar direito à reparação extrapatrimonial, mormente considerando a condição de inadimplente do autor. Danos morais não caracterizados. II - A verba honorária deve ser fixada em conformidade com o trabalho exigido e realizado pelo advogado. Manutenção do valor fixado na sentença. Apelos desprovidos. Unânime. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70046492245 - Novo Hamburgo - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. Liège Puricelli Pires - Fonte: DJ, 06.06.2012).

NOTA BONIJURIS: *Neste sentido: “Não merece prosperar a pretensão de anulação da assembleia do condomínio, principalmente porque o autor efetivamente era inadimplente, portanto, correta a decisão de não permitir a participação na votação, e também que se candidatasse para o cargo de Síndico.”*

Não configura enriquecimento ilícito a escolha de imóvel em melhores condições após deslizamento de terra

Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais e materiais. Deslizamento de terras que atingiu o imóvel adquirido pelo autor/agravado. Decisão antecipatória determinando que as rés arquem com o pagamento de locativos em favor do demandante. Agravante que se insurge tão somente contra o valor do aluguel,

defendendo que o imóvel locado não possui as mesmas características daquele adquirido pelo agravado. Impossibilidade de exigir da parte recorrida, na situação de inegável dificuldade pela qual passava, que encontrasse um imóvel rigorosamente idêntico ou que a tudo se assemelhasse ao seu para residir. Tentativa de enriquecimento ilícito não caracterizada. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJ/SC - Ag. de Instrumento n. 2009.006776-0 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Jorge Luis Costa Beber - Fonte: DJ, 08.06.2012).

Necessária notificação do locatário para realização da vistoria final

Locação. Reparos no imóvel locado. Notificação para vistoria final. Imprescindibilidade. 1. A jurisprudência deste Tribunal de Justiça, como resulta claro de inúmeros precedentes, firmouse no sentido de que a responsabilidade do locatário e do fiador por reparos no imóvel locado pressupõe sejam notificados para acompanhar a vistoria final. 2. Caso em que a parte locadora não logrou êxito em comprovar que tenha cientificado a parte locatária para acompanhar a vistoria final. 3. Considerando as peculiaridades do caso concreto e os parâmetros fixados pelos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, revela-se excessiva a verba honorária arbitrada na sentença, impondo-se, assim, sua minoração. Apelo provido em parte. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70049306012 - Pelotas - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Paulo Sergio Scarparo - Fonte: DJ, 02.07.2012).

Posse injusta autoriza a indenização apenas das benfeitorias necessárias

Apelação cível. Contrato de compra e venda. Fixação de aluguel pelo uso do imóvel. Período de indenização. Benfeitorias. Posse injusta. Período de indenização: O período da indenização dos locativos deverá ser a partir

do inadimplemento das prestações, até a data da efetiva desocupação do imóvel, sob pena de dupla remuneração da construtora, o que se constitui em enriquecimento ilícito. Precedentes. Benfeitorias. Posse injusta: A posse do réu é injusta, uma vez que o contrato de compra e venda foi rescindido e ficou obrigado a devolver o imóvel. Somente as benfeitorias necessárias são indenizáveis (artigo 1.220 do Código Civil brasileiro). Deram parcial provimento ao apelo da autora. Negaram provimento ao apelo do réu. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70034969220 - Pelotas - 19a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Eduardo João Lima Costa - Fonte: DJ, 05.07.2012).

Proprietário de imóvel não precisa arcar com contribuição para associação de moradores quando não é associado

Agravo regimental - Recurso especial - Direito das coisas - Condomínio - Taxa para manutenção - Obrigação para proprietário de imóvel não-associado - Impossibilidade - Recurso improvido. 1.- O proprietário de imóvel não está obrigado a contribuir para a associação de moradores quando não é associado. 2.- A recorrente não trouxe qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental em Rec. Especial n. 1296517/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJe, 03.05.2012).

PROCESSO CIVIL

Certidão emitida por funcionário do Poder Judiciário informa apenas a ocorrência do trânsito em julgado, e não sua data exata

Ação rescisória. Prazo de decadência (art. 495 do CPC). Inobservância.

Data do trânsito em julgado: alegação de que estaria demonstrada em certidão emitida por funcionário do poder judiciário. Inadmissibilidade. 1. A decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial. 2. Inobservância, quando do ajuizamento da ação rescisória, do prazo bienal de decadência. 3. A certidão emitida por funcionário do Poder Judiciário informa apenas a ocorrência, e não a data exata, do trânsito em julgado. 4. Precedentes específicos das Colendas Primeira e Terceira Seções deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Ação rescisória julgada extinta em razão da decadência.

(STJ - Ação Rescisória n. 4.374/MA - 2a.

Seção - Ac. por maioria - Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino - Fonte: DJe, 05.06.2012).

Erro material na denominação da peça processual não obsta seu prosseguimento

Reclamação. Agravo interposto contra decisão do presidente do tribunal estadual que negou seguimento a recurso especial. Denominação equivocada. Erro material. Usurpação da competência desta corte. 1. De acordo com o art. 187 do RISTJ, a reclamação é cabível para preservar a competência do Tribunal, bem como para garantir a autoridade de suas decisões. 2. Na espécie, o reclamante apresentou agravo contra a decisão que negou seguimento a recurso especial denominando-o de “regimental”. Assim, o Presidente da Seção de Direito Privado da Corte *a quo* analisou o recurso, negando-lhe seguimento por incabível. Todavia, a designação errônea do agravo é patente, haja vista encontrar-se fundado no art. 544 do CPC e, ademais, seu pedido final menciona esta Corte como órgão julgador, inexistindo dúvidas de que se trata de agravo de

instrumento, com mero erro material na petição. 3. De acordo com os arts. 28, *caput*, da Lei n. 8.038/90 e 544, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, a competência para julgar agravo de instrumento interposto contra decisão que nega seguimento a recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente.

(STJ - Reclamação n. 7559/SP - 2a. Seção -

Ac. unânime - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - Fonte: DJe, 01.06.2012).

Ministério Público não é obrigado a negociar termo de ajustamento de conduta com a parte

Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Termo de ajustamento de conduta. Não obrigatoriedade de o ministério público aceitá-lo ou de negociar suas cláusulas. Inexistência de direito subjetivo do particular. 1. Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública “poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais”. 2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente. 3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - Rec. Especial n. 596764/MG - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira - Fonte: DJe, 22.05.2012).

NOTA BONIJURIS: *Extraímos a seguinte lição do voto do relator: “O compromisso de ajustamento é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. Não concordando qualquer*

das partes com o teor da proposta, o caminho possível e adequado é a propositura ou a continuidade da ação judicial cabível.”

Penhora de bem de família hipotecado só é admitida quando a garantia foi prestada em benefício da entidade familiar

Processual civil. Civil. Recurso especial. Execução. Imóvel. Bem de família. Impenhorabilidade. Prova de que o imóvel penhorado é o único de propriedade do devedor. Desnecessidade. Exceção do art. 3º, V, da Lei 8.009/90. Inaplicabilidade. Dívida de terceiro. Pessoa jurídica. Impossibilidade de presunção de que a dívida fora contraída em favor da entidade familiar. Precedentes. Recurso provido. 1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade. 2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. 3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro. 4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90. 5. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - Rec. Especial n. 988915/SP - 4a. T.

- Ac. por maioria - Rel.: Min. Raul Araújo - Fonte: DJe, 08.06.2012).

Poder Judiciário pode ser acionado quando existe pendência na constituição do Tribunal Arbitral

Direito Processual Civil. Arbitragem. Medida cautelar. Competência. Juízo arbitral não constituído. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumam o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1297974/RJ - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 19.06.2012).

Preenchimento manual não ofende as exigências formais da Guia de Recolhimento da União

Processual civil. Embargos de di-

vergência. Guia de Recolhimento da União (GRU). Porte de remessa e retorno. Preenchimento manual. Jurisprudência da corte especial. Embargos acolhidos. 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que “o preenchimento manual do campo correspondente ao número do processo não ofende as exigências formais da Guia de Recolhimento da União - GRU referente ao pagamento do porte de remessa e retorno, previstas na Resolução n. 12/2005/STJ” (EREsp 1.090.683/MG, Rel. Min. Teori Teori Albino Zavascki, DJe 22/6/11). 2. Embargos de divergência acolhidos para determinar o retorno dos autos à Quarta Turma para apreciação do recurso especial.

(STJ - Embs. de Divergência n. 1114817/MG - Corte Especial - Ac. unânime - Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - Fonte: DJe, 27.06.2012).

Processo não precisa ser interrompido quando a produção de prova testemunhal por meio de carta rogatória é deferida

Processo civil. Prova. Pedido. Apreciação. Momento. Oitiva de testemunha por carta rogatória requerida antes do saneamento. Suspensão do processo. Condições. 1. A prova testemunhal por precatória ou rogatória requerida nos moldes do art. 338 do CPC não impede o Juiz de julgar a ação, muito menos o obriga a suspender o processo, devendo fazê-lo apenas quando considerar essa prova imprescindível, assim entendida aquela sem a qual seria inviável o julgamento de mérito. A prova meramente útil, esclarecedora ou complementar, não deve obstar o processo de seguir seu curso regularmente. 2. Nos termos do art. 130 do CPC, não há preclusão absoluta em matéria de prova, até por se tratar de questão de ordem pública. Mesmo proferido o despacho saneador, o juiz

pode, mais tarde, determinar a realização de outras provas, caso entenda que essa providência é necessária à instrução do processo. 3. Recurso especial não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1132818/SP - 3a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Nancy Andrighi - Fonte: DJe, 10.05.2012).

Retratação de desistência da ação é possível até a homologação judicial do pedido

Apelação cível. Processual civil. Ação de usucapião. Desistência. Retratação. Posterior sentença terminativa. - Desistência. Efeitos. Inteligência do art. 158, p. único, CPC. Ato judicial insubsistente. - Citação e prazo para resposta (CPC, art. 267, § 4º). Ausência. Processamento imperativo. - Sentença desconstituída. Recurso provido. - A teor do parágrafo único do artigo 158 do Código de Processo Civil, a desistência da ação só produz efeitos após a sua homologação. - Dessarte, tendo a parte manifestado, em retratação, interesse no processamento do feito anteriormente à sentença que homologa o pedido de desistência formulado, afigura-se ausente a hipótese prevista no § 4º do artigo 267 do Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser desconstituída a sentença terminativa que desconsiderou o arrependimento, sendo o processamento do pedido um imperativo.

(TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.020624-5 - Tijucas do Sul - 5a. Câ. Dir. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Henry Petry Junior - Fonte: DJe, 22.06.2012).

NOTA BONIJURIS: *Segundo o relator: “Com efeito, tendo a parte manifestado, em momento anterior à extinção do feito por sentença homologatória de pedido de desistência, retratação ao requerimento formulado, deve o feito seguir o curso normal, impondo-se o seu processamento até os ulteriores termos.”*

PENAL E PROCESSO PENAL

Caminhão não pode ser considerado local de trabalho para desclassificação do crime de porte ilegal de arma de fogo

Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo. Arma encontrada no interior de caminhão. Pleito de desclassificação para o delito de posse ilegal de arma. Impossibilidade. *Abolito criminis.* Inaplicabilidade. Pleito superado. Ordem denegada. 1. Não se pode confundir o delito de posse irregular de arma de fogo com o de porte irregular de arma de fogo. 2. Caracteriza-se o delito de posse irregular de arma de fogo quando ela estiver guardada no interior da residência (ou dependência desta) ou no trabalho do acusado, evidenciado o porte ilegal se a apreensão ocorrer em local diverso. 3. O caminhão, ainda que seja instrumento de trabalho do motorista, não pode ser considerado extensão de sua residência, nem local de seu trabalho, mas apenas instrumento de trabalho. 4. *In casu*, o paciente foi surpreendido com a arma “em sua cintura”, e não guardada no interior do caminhão. Assim sendo, à medida que a arma estava presa à cintura do paciente fica evidente que ele portava, efetivamente, a arma de fogo, que estava ao seu alcance, possibilitando a utilização imediata. 5. Ante a impossibilidade de desclassificação do crime de porte de arma para o delito de posse, está superada a irresignação no tocante à incidência de *abolito criminis* temporária, situação que ocorre apenas quanto à conduta relacionada ao crime de posse de arma de fogo, acessórios e munição. 6. Ordem denegada. (STJ - *Habeas Corpus* n. 172525 /MG - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Adilson Vieira Macabu - conv. - Fonte: DJe, 28.06.2012).

Em que pese a existência de condições pessoais favoráveis é impossível a revogação da prisão preventiva

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Alegação de constrangimento ilegal. Pleito pela revogação da prisão preventiva. Circunstâncias autorizadoras presentes. Condições pessoais favoráveis. Insuficiência. Decisão fundamentada. Trancamento da ação penal por ausência de materialidade delitiva. Reexame do conjunto fático-probatório. Vedação na via eleita. Impossibilidade. Substituição da prisão cautelar por medida diversa. Análise de matéria não debatida na origem. Ocorrência de supressão de instância. Precedentes. 1. O fato de estar inserido no rol dos delitos hediondos ou equiparados não basta para a imposição da constrição cautelar, por ser necessária a existência de circunstâncias que demonstrem a adoção desta medida excepcional. 2. As Turmas componentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já cristalizaram o entendimento de inexistir constrangimento ilegal quando a prisão, suficientemente fundamentada, retratar a necessidade da medida para as garantias da ordem pública e aplicação da lei penal. 3. No caso concreto, a participação do paciente em organização criminosa, voltada para o tráfico de entorpecente, evidencia a dedicação aos delitos da espécie, alicerce suficiente, à época, para a motivação da garantia da ordem pública. 4. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), *despiciendo* o paciente possuir condições pessoais favoráveis. 5. Não procede a alegação de ausência de materialidade delitiva, na medida em que se concluiu pela existência de suporte fático apto à instauração da ação penal, não sendo possível, na via eleita, a análise profunda das provas para

conclusão diversa, o que careceria de razoabilidade. 6. O objeto deste *mandamus*, com relação à substituição da prisão por medida cautelar diversa, sob o argumento de atender ao princípio da razoabilidade, não é capaz de superar o óbice da ausência de debates na origem, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição. 7. Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 227769/SP - 5a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Adilson Vieira Macabu - conv. - Fonte: DJe, 28.06.2012).

Extinta a punibilidade do crime de corrupção de menores praticado contra maior de 14 anos

Recurso especial. Penal. Crime de corrupção de menores. Art. 218 do Código Penal. Conduta praticada anteriormente à alteração promovida pela lei nº 12.015/09. Vítima maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos. *Novatio legis in melius.* Arts. 2º e 107, inciso III, do Código Penal. Extinção da punibilidade pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso. Recurso provido. 1. A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou, em profundidade, os crimes de corrupção de menores, previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ela ainda revogou, expressamente, a Lei nº 2.252/1954, que também tratava desse instituto. 2. O art. 218 do Código Penal visa evitar a mácula sexual daqueles em processo de desenvolvimento, definindo corrupção de menores como a conduta de “[i]nduzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”. 3. O art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, tem o escopo de proteger a formação moral, punindo quem “[c]orromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la”, para evitar sua incursão no mundo da criminalidade.

4. Nesse contexto, verifica-se uma lacuna legislativa, em consonância com a nova sistemática para a delicada questão da tutela da dignidade sexual dos menores, no caso da prática consentida de conjunção carnal ou ato de libidinagem com adolescente maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, que não esteja inserido em um contexto de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual, como é o caso dos autos. 5. Recurso provido para absolver o Réu, com fundamento nos arts. 2º e 107, inciso III, do Código Penal. (STJ - Rec. Especial n. 1218392/PR - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Laurita Vaz - Fonte: DJe, 28.05.2012).

NOTA BONIJURIS: *Destacamos passagem do voto exarado pela relatora: “Assim, em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, inarredável concluir pela abolição criminis no caso em comento, uma vez que o sujeito passivo do delito de corrupção de menores somente pode ser menor de 14 (quatorze) anos, bem assim a conduta descrita na inicial acusatória não está tipificada em outro dispositivo incriminador.”*

Incontroversa a capacidade vulnerante da arma é desnecessária a realização de perícia

Agravo regimental no *habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma branca (faca). desnecessidade de perícia. Admissibilidade da prova testemunhal. 1. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia, quando a sua

utilização restar comprovada por outros meios de prova. 2. Entretanto, uma vez apreendida a arma, o exame de corpo de delito é indispensável para comprovar sua potencialidade lesiva (*ex vi* arts. 158 e 167 do CPP). Precedentes desta Corte. 3. Na hipótese, a arma branca utilizada na empreitada criminosa foi efetivamente apreendida, mas não foi submetida à perícia técnica, em razão dos depoimentos das testemunhas em juízo, que relatam o efetivo uso da faca no roubo praticado dentro de um ônibus de transporte coletivo, sendo o instrumento encontrado em poder do réu (preso em flagrante). 4. Ademais, as instâncias ordinárias consignaram ser incontroversa a capacidade vulnerante da arma - “faca inox, cabo de madeira, medindo aproximadamente 15 cm (quinze centímetros) de lâmina”. 5. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal por ser óbvia a sua potencialidade lesiva. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Ag. Regimental no *Habeas Corpus* n. 171925/MG - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Og Fernandes - Fonte: DJe, 15.06.2012).

O princípio da proporcionalidade deve ser observado na fixação do valor da fiança

Habeas corpus. Furto qualificado. Fiança. Patamar exacerbado. Moradores de rua. Medida que deve ser fixada em consonância com o princípio da proporcionalidade. Constrangimento ilegal. 1. O princípio da proporcionalidade serve como limitação à restrição dos direitos e garantias fundamentais e a aplicação desse princípio, em alguns casos, esgota-se com o exame da adequação da medida coercitiva. 2. A fiança a ser arbitrada deve conter estreita ligação com a possibilidade de pagamento pelos agentes, não sendo possível admitir-se, pois, que ela ve-

nha ser fixada em patamar que ultrapasse as suas condições financeiras (ausência de adequação). 3. Ordem concedida.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 238956/SP - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Og Fernandes - Fonte: DJe, 15.06.2012).

Portaria não pode impedir que familiar, egresso do sistema penal, visite detento

Agravo em execução penal. Visitaçãõ a detento. Genitora egressa do sistema prisional. Possibilidade. O direito à visitaçãõ detém curial importância no processo de ressocializaçãõ do preso ou de sua submissãõ voluntária ao regular cumprimento da sançãõ penal. Assim, conforme prescrito pela LEP em seu art. 41, parágrafo único, tal direito só pode ser suprimido mediante análise casuística e por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, jamais de forma abstrata e generalizada, como ocorre com a edição de portarias. Por outro lado, também é direito da genitora do apenado visitá-lo no estabelecimento prisional, direito esse que só pode ser suprimido por lei formal, já que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II). Assim, a vedação de visita a familiares para egressos do sistema prisional, criada por portaria da Susepe, ofende o princípio da legalidade e não pode prevalecer. Agravo provido. (TJ/RS - Ag. em Execução Penal n. 70048180400 - Uruguaiana - 7a. Câmara. - Ac. unânime - Rel.: Des. Carlos Alberto Etcheverry - Fonte: DJe, 18.05.2012).

Posse da res furtiva não precisa ser mansa e pacífica para a consumaçãõ do crime de roubo

Habeas corpus. Penal. Roubo simples. Consumaçãõ. Ocorrência. Desnecessária a posse mansa e pacífica. Imposiçãõ de regime prisional fechado. Pena superior a 04 anos e inferior

a 08. Réu reincidente. Pena-base acima do mínimo legal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem de *habeas corpus* denegada. 1. Considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STJ e do STF. 2. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecida a presença de circunstância judicial desfavorável ao réu, portador de maus antecedentes e reincidente, é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Precedentes do STJ. 3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(STJ - *Habeas Corpus* n. 239921/MG - 5a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Laurita Vaz - Fonte: DJe, 29.06.2012).

Possível a substituição de pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos

Apelação criminal - Apropriação indébita - Recurso ministerial - Dosimetria da pena - Sanção superior a um ano - Pedido para aplicação de duas restritivas de direito - Acolhimento - Arbitramento na sentença de sete horas semanais de prestação de serviços - Inteligência do art. 46 § 3º, § 4º, CP - Recurso a que se dá provimento. “Art. 46, CP: (...) § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.” § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada)”.

(TJ/PR - Ap. Crime n. 8050551 - Guaíra - 5a. Câmara. - Ac. unânime - Rel.: Des. Marcus Vinícius de Lacerda Costa - Fonte: DJe, 15.06.2012).

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

Acordo homologado na Justiça do Trabalho, antes do julgamento do Conflito de Competência n. 72041/MG pelo STF, não enseja a formação de coisa julgada

Recurso de revista - Acordo judicial homologado na justiça do trabalho antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, com quitação do extinto contrato de trabalho - Posterior ajuizamento de ação na justiça comum pleiteando indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho - Remessa dos autos a esta justiça especial após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 - Coisa julgada - Inexistência - Estabilidade das relações sociais - Preservação - Precedentes do TST. A competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas envolvendo o pagamento de indenização por danos moral e material oriundos de acidente de trabalho somente se consolidou após o julgamento do Conflito de Competência nº 7.204-1/MG pelo STF. Em face disso, eventual acordo homologado nesta Justiça Especial, em data anterior à referida alteração da competência, não enseja a formação de coisa julgada a obstar o exame de demanda de indenização por danos moral e material decorrentes de doença profissional, sob pena de se vilipendiar o postulado da segurança jurídica, que deve nortear as relações sociais (art. 5º, XXXVI, da Constituição da República). Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido.-

(TST - Rec. de Revista n. 96140-67.2006.5.03.0070 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - Fonte: DEJT, 11.05.2012).

Aplicação de multa diária ao empregador que se recusa a anotar a CTPS do obreiro

Recurso de embargos regido pela Lei 11.496/2007. Multa por descumprimento de obrigação de fazer. Anotação da CTPS. De acordo com recentes julgamentos proferidos por esta Subseção Especializada, não há óbice à aplicação de multa diária com o objetivo de compelir o empregador a anotar a CTPS do trabalhador, ainda que o art. 39, § 1º, da CLT estabeleça que, na eventual recusa, tal procedimento possa ser realizado pela Secretaria da Vara do Trabalho. É evidente que a posterior anotação da CTPS pela Secretaria causará embaraços ao trabalhador, dificultando seu futuro acesso ao mercado de trabalho, circunstância que torna inadmissível a recusa do empregador em cumprir a determinação judicial. A imposição de multa diária em face da recusa do empregador de cumprir sua obrigação de anotar a CTPS, no prazo fixado pela sentença, tem fundamento no princípio da proteção ao hipossuficiente e no direito constitucional ao trabalho, que reclama máxima efetividade. Nesse contexto, conclui-se constituir a anotação da CTPS pela Secretaria da Vara uma exceção à determinação constante do art. 29 da CLT, não podendo ser interpretada como regra de substituição da obrigação de fazer imposta ao empregador. Recurso de embargos conhecido e não provido.

(TST - Embs. em Embs. de Declaração em Rec. de Revista n. 1987500-94.2006.5.09.0028 - SDI-1 - Ac. unânime - Rel.: Min. Augusto César Leite de Carvalho - Fonte: DJT, 22.06.2012).

NOTA BONIJURIS: *Citamos trecho extraído do voto lavrado pelo ministro relator: “É evidente que a posterior anotação da CTPS pela Secretaria da Vara causará embaraços ao trabalhador, dificultando seu futuro acesso ao mercado de trabalho, circunstância que torna inadmissível a recusa do empregador em cumprir a determinação judicial.”*

Assistência sindical e miserabilidade são indispensáveis para o deferimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho

Recurso de revista - Honorários advocatícios - Assistência sindical e miserabilidade indispensáveis. O Regional manteve a condenação ao pagamento de honorários advocatícios tão somente com base na declaração de insuficiência econômica. Contrariedade à Súmula nº 219 desta Corte configurada, uma vez que na Justiça do Trabalho a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.

(TST - Rec. de Revista n. 90500-06.2004.5.04.0271 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza - conv. - Fonte: DJT, 06.06.2012).

Ausente prejuízo material com doença ocupacional é descabida a indenização a esse título

Recurso de revista. Indenização por dano material. Doença ocupacional decorrente de acidente do trabalho. A indenização por danos materiais destina-se a reparar a parte lesada dos prejuízos efetivamente sofridos em decorrência da doença (danos emergentes), bem como dos valores que deixaram de ser percebidos em virtude do evento danoso, chamados lucros cessantes. No caso dos autos, embora evidenciada a redução da capacidade de trabalho, não houve demonstração de prejuízo material decorrente da lesão, na medida em que o reclamante permanece trabalhando para o reclamado, sem redução de sua

remuneração. Recurso de revista não conhecido.

(TST - Rec. de Revista n. 98800-25.2006.5.09.0019 - 6a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Aloysio Corrêa da Veiga - Fonte: DJT, 29.06.2012).

Empregador que exige dos empregados trabalho em feriados comete dano moral coletivo

Ação Civil Pública. Dano moral coletivo. Caracterização. A conduta da requerida de exigir de seus empregados o trabalho em feriados, sem a permissão da autoridade competente e sem a ocorrência de necessidade imperiosa de serviço, em flagrante violação ao disposto no art. 70 da CLT, constitui ato ilícito, causador de dano moral coletivo, por contrariar norma atinente à saúde e segurança dos trabalhadores, sendo imperiosa a condenação da empresa ré ao pagamento da indenização correspondente que tem, como fim precípua, coibir a continuidade da prática ilícita tentada.

(TRT - 3a. Reg. - Rec. Ordinário n. 01362-2011.077.03.008 - 6a. T. - Vara do Trabalho de Teófilo Otoni - Ac. unânime - Rel.: Des. Rogério Valle Ferreira - Fonte: DJe, 06.06.2012).

NOTA BONIJURIS: *Art. 70/CLT*

“Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria.”

Impossível terceirização da atividade-fim de empresa concessionária de serviço público

Recurso de revista das reclamadas. Matéria comum. Análise conjunta. Terceirização. Ilicitude. Telefonia. Atividade-fim. Autorização legal. Serviços de instalação e manutenção de linhas telefônicas. A jurisprudência desta c. Corte se firmou no sentido de que não é possível a terceirização de atividade-fim das empresas concessionárias de serviços públicos, tal como

aquela prestada pelo reclamante, na instalação e manutenção de linhas telefônicas. Precedente da c. SDI (E-RR 586.341/1999, DEJT - 16/10/2009). Ressalva de entendimento deste Relator. Recurso de revista conhecido e não provido. Recurso de revista da Engeset - Engenharia e Serviços de Telecomunicações S.A. Matéria remanescente. Acordos coletivos aplicáveis. Horas extraordinárias. Em razão do reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora de serviços, entendeu o eg. TRT serem devidas as horas extraordinárias, na medida em que as normas coletivas aplicáveis preveem jornada de quarenta horas. Tal entendimento não viola de forma direta o disposto nos arts. 5º, *caput*, I, II e § 2º e 7º da CF, o que não atende ao disposto no art. 896, -c-, da CLT. Inservível aresto oriundo do e. STF, a teor do art. 896, -a-, da CLT. Recurso de revista não conhecido.

(TST - Rec. de Revista n. 1693-37.2010.5.03.0106 - 6a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Aloysio Corrêa da Veiga - Fonte: DJT, 15.06.2012).

Possibilidade de fracionamento do intervalo intrajornada de trabalhador rural

Trabalhador rural. Intervalo intrajornada de duas horas, fracionado em uma hora para o almoço e uma hora para o café. 1. A Lei nº 5.889/73, aplicável ao empregado rural, estatui, em seu artigo 5º, que, *-em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação observados os usos e costumes da região, não se computando este intervalo na duração do trabalho-*. 2. O Decreto nº 73.626/74, que regulamentou a referida lei, fixou, no artigo 5º, § 1º, intervalo mínimo intrajornada de uma hora, observados os usos e costumes da região. 3. O artigo 7º da Constituição da República, a seu turno, assegura os direitos ali previstos a trabalhadores urba-

nos e rurais, indistintamente, erigindo em regra o tratamento isonômico dos trabalhadores que se ativam no campo e nas cidades. 4. O artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que o intervalo será de, no mínimo, uma hora para repouso ou alimentação e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder duas horas. 5. Fixadas tais premissas, resulta imperativa a conclusão de que não há vedação para a concessão do intervalo remunerado de duas horas, fracionado em uma hora para almoço e uma hora para o café. Assim, não há falar em labor extraordinário, quanto à uma hora concedida como intervalo não remunerado para o café. 6. Embargos conhecidos e providos.

(TST - Rec. de Revista n. 586085-

14.1999.5.09.5555 - SDI-I - Ac. unânime

- Rel.: Min. Lelio Bentes Corrêa - Fonte: DJT, 15.06.2012).

Previsão contratual relativa à possibilidade de transferência do empregado é irrelevante para fins de pagamento do respectivo adicional

Adicional de transferência. Para que o empregado possa fazer jus ao adicional de transferência, faz-se necessário que a transferência ocorra em caráter provisório e por necessidade de serviço, conforme disposto no artigo 469, *caput* e parágrafo 3º da CLT, sendo irrelevante, contudo, que haja previsão contratual acerca da possibilidade das transferências de acordo com a necessidade do serviço. Essa é a exegese da expressão “enquanto durar essa situação”, contida na parte final do citado dispositivo consolidado, a qual prevaleceu ensejando a edição da Orientação Jurisprudencial 113 da SDI-I do C. TST, *in verbis*: “O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a

percepção do mencionado adicional é a transferência provisória”.

(TRT - 3a. Reg. - Rec. Ordinário n.

0000030.02.2011.5.03.0047 - Araguari - 3a.

T. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Sueli Teixeira - conv. - Fonte: DJ, 14.05.2012).

Procedimento de reversão é ilegal, pois transfere ao empregado os riscos do negócio

Comissões - Procedimento denominado reversão. O procedimento denominado reversão, por meio do qual o empregador desconta do valor da comissão a ser recebida pelo empregado o percentual relativo à operação de venda por ele efetuada por meio de cartão de crédito e cobrada pela respectiva financeira ou administrativa é ilegal, pois transfere ao empregado o risco do empreendimento econômico.

(TRT - 3a. Reg. - Rec. Ordinário n.

01673.2011.112.0.3000 - 33a. Vara do

Trabalho de Belo Horizonte - Ac. unânime

- Rel.: Juíza Taísa Maria Macena de Lima

- conv. - Fonte: DJe, 08.06.2012).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Administração pública deve respeitar a isonomia entre filhos naturais e adotivos na concessão da licença maternidade

Apelação cível e reexame necessário. Mandado de segurança. Direito administrativo. Agravo retido. Não conhecimento. Licença maternidade. Mãe adotante. Estatuto que prevê prazo inferior a 120 (cento e vinte) dias. Interpretação sistemática do texto constitucional. Isonomia entre filhos naturais e adotivos. Licença direito bipolar. Apelação desprovida. Sentença mantida em reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 8289629 - Londrina - 9a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Guido

Döbeli - Fonte: DJe, 25.06.2012).

NOTA BONIJURIS: *Extrai-se a seguinte lição do voto do relator: “O tratamento desigual entre mães naturais e adotantes não mais deve prevalecer em nosso ordenamento jurídico, pois vai de contramão aos valores elencados e resguardados pela Constituição Federal de 1988.”*

Atualização da taxa de ocupação dos terrenos da marinha não precisa de prévio procedimento administrativo

Administrativo. Terreno da marinha. Taxa de ocupação. Atualização. Contraditório prévio. Desnecessidade. Art. 1º do decreto n. 2.398/87. Simples recomposição patrimonial. Procedimento administrativo prévio. Desnecessidade. Controvérsia julgada na forma do procedimento de recursos repetitivos no REsp 1.150.579/SC. Divergência jurisprudencial. Súmula 83/STJ. 1. No REsp 1.150.579/SC, de minha relatoria, a Primeira Seção desta Corte Superior pacificou seu entendimento, submetendo-o à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que, procedendo-se a atualização da taxa de ocupação dos terrenos de marinha com base no valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei n. 2.398/87, e tendo em vista que tal adequação não configura imposição de ônus ou dever ao administrado, mas mera recomposição do patrimônio, é dispensável a instauração de procedimento administrativo prévio, não havendo que se falar em violação a dispositivos da Lei n. 9.784/99. 2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - Rec. Especial n. 1208596/SC - 2a. T. -

Ac. unânime - Rel.: Min. Mauro Campbell

Marques - Fonte: DJe, 27.06.2012).

Existência de tatuagem não pode gerar exclusão de candidato em concurso público militar

Processo Civil e Administrativo. Agravo de Instrumento. Militar. Concurso público. Tatuagem. Critério infralegal. Eliminação de candidato. Impossibilidade. Violação aos Princípios da Legalidade e Razoabilidade. Agravo improvido.

(TRF - 5a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 123911/PE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Francisco Wildo - Fonte: DJ, 15.06.2012).

Gestante que ocupa cargo em comissão tem direito à estabilidade provisória

Mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Gestante no exercício de cargo em comissão: Exoneração. Direito à estabilidade provisória. art. 10, inc. II, alínea b, do ato das disposições constitucionais transitórias - ADCT. precedentes. Segurança concedida.

(STF - Mand. de Segurança n. 30519/DF - Dec. monocrática - Rel.: Min. Cármen Lúcia - Fonte: DJe, 26.06.2012).

NOTA BONIJURIS:

Transcrevemos lição extraída do voto da relatora. “Este Supremo Tribunal Federal assentou que as servidoras públicas, incluídas as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, inc. XVIII, da Constituição da República e o art. 10, inc. II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e que a exoneração de servidora pública no gozo de licença gestante é ato contrário à Constituição.”

Instauração de sindicância após prescrição do direito de punir padece de justa causa

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público federal. Pena de suspensão. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida pela administração. Registro nos assentamentos funcionais. Impossibilidade. 1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, consubstanciado na determinação de registro nos assentamentos funcionais do impetrante dos fatos apurados em Sindicância, mesmo após ser reconhecida a extinção da pretensão punitiva. Insurge-se, também, contra o acolhimento da recomendação da Comissão de Sindicância no sentido de que seja procedida a Tomada de Contas Especial em relação à execução físico financeira dos Contratos de Locação de imóveis que deflagraram a investigação. 2. Falta justa causa para instauração de Sindicância quando reconhecida a prescrição do direito de punir antes mesmo da abertura do procedimento investigatório, como aconteceu no caso em análise. 3. O disposto no art. 170, da Lei n. 8.112/1990 aplica-se somente aos casos em que ocorrer a prescrição da pretensão punitiva, caracteriza como aquela que sucede após a tempestiva instauração de processo administrativo disciplinar, em virtude da retomada do prazo prescricional, outrora interrompido com a abertura do feito. 4. Segurança parcialmente concedida.

(STJ - Mand. de Segurança n. 16088/DF - 1a. Seção - Ac. unânime - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJe, 20.06.2012).

Melhoria de trajeto da estrada que dá acesso à escola é dever do poder público

Constitucional - Reexame necessário - Ação civil pública aforada pelo Ministério Público em defesa de direito individual indisponível - Transporte escolar gratuito - Instrumento assecuratório do ensino fundamental - Necessida-

de de melhoria da estrada que dá acesso dos menores à escola - Dever do município de prestar o acesso à educação - Multa diária - Valor adequado. “Ex vi do art. 201, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. É que ‘tratando-se de interesses indisponíveis de crianças ou adolescentes (ainda que individuais), e mesmo de interesses coletivos ou difusos relacionados com a infância e a juventude - sua defesa sempre convirá à coletividade como um todo’ (MAZZILLI, Hugo de Nigro)” (Rel. Des. Francisco Oliveira Filho). O direito à educação é um dos mais sagrados direitos sociais, porquanto a própria Constituição lhe confere o status de direito público subjetivo, impondo à Administração Pública o encargo de propiciar, com políticas sociais concretas e efetivas, o amplo acesso aos estabelecimentos de ensino. É obrigação governamental realizar a melhoria do trajeto da estrada que dá acesso às escolas frequentadas pelos menores que necessitam de transporte escolar gratuito, para que, então, possa ser oferecido de forma eficaz e segura o transporte escolar às respectivas crianças e adolescentes e, assegurar, desta forma, o direito à educação.

(TJ/SC - Reex. Necessário n. 2011.099343.1 - Joinville - 4a. Câmb. de Dir. Públ. - Ac. unânime - Rel.: Des. Jaime Ramos - Fonte: DJe, 05.06.2012).

Não é possível nova convocação de profissional de saúde após dispensa do serviço militar por excesso de contingente

Administrativo. Serviço militar. Médico. Dispensa por excesso de contingente. Posterior convocação. Impossibilidade. 1. O presente recurso discute a aplicação do art. 4º, § 2º, da Lei n. 5.292/67 aos casos de dis-

pensa do serviço militar por excesso de contingente. 2. Na assentada de 14.3.2011, a Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.186.513/RS, consolidou o entendimento de que os estudantes de Medicina, 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 n. 5.292/1967. Agravo regimental improvido.

(STJ - Ag. Regimental no Ag. de Instrumento n. 1381058/RS - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJe, 22.06.2012).

Portadora de neoplasia maligna de mama não pode ter sua posse em concurso público obstada pela doença

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Candidata portadora de neoplasia maligna de mama. Impedimento da posse. Afronta ao princípio da eficiência e da legalidade (Art. 37, *caput*, da CF/88). Aptidão física e mental comprovada por perícia médica. Art. 14 da Lei nº 8.112/90. Nomeação. Posse. Danos materiais.

(TRF - 5a. Reg. - Apelação/Reex. Necessário n. 21706/PE - 2a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Francisco Wildo - Fonte: DJ, 31.05.2012).

TRIBUTÁRIO

Descumprimento de obrigação acessória obsta a emissão de certidão tributária positiva com efeito de negativa

Tributário. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo

regimental no recurso especial. Fornecimento de certidão positiva com efeito de negativa (CPD-EN). GFIP não apresentada. Óbice à emissão em razão do descumprimento de obrigação acessória. Dicção do art. 32, § 10, da Lei 8.212/91. Aplicação do recurso especial “repetitivo” de n. 1.042.585/RJ.1. O descumprimento da obrigação acessória é suficiente para obstar a emissão da Certidão Positiva com Efeito de negativa, conforme entendimento ratificado no “repetitivo” REsp 1.042.585/RJ, de relatoria do Min. Luiz Fux, DJe 21/05/2010, julgado pela sistemática do 543-C do CPC. 2. Agravo regimental não provido.

(STJ - Ag. Regimental nos Embs. de Declaração no Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1253941/RJ - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJe, 28.06.2012).

Empresa comercial equipara-se a empresa industrial para fins de cobrança de IPI quando importa produtos sujeitos a este imposto

Agravo de instrumento. Tributário. Empresa comercial que importa produtos tributados pelo IPI. Equiparação às empresas industriais. Incidência do citado imposto. Possibilidade. Recurso improvido.

(TRF - 5a. Reg. - Ag. de Instrumento n. 124427/PE - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior - Fonte: DJe, 21.06.2012).

Parcelamento do crédito tributário interrompe o prazo prescricional de cobrança do tributo

Agravo. Execução fiscal. ISS. Confissão espontânea da dívida. Lançamento. Decadência. Fato gerador. Prescrição. Parcelamento. Interrupção. 1. A confissão espontânea de tributo sujeito a lançamento por homologação importa constituição definitiva de crédito tributário. Hipótese em que o

contribuinte firmou confissão de dívida antes de decorrido o prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Art. 173 do CTN. 2. O parcelamento do crédito tributário constitui ato inequívoco de reconhecimento do débito que interrompe o prazo prescricional. Art. 174, inciso IV, do CTN. A prescrição somente volta a fluir a contar do inadimplemento. Hipótese em que o despacho que ordenou a citação, que interrompe a prescrição, nos termos do 174, inciso I, do CTN, foi exarado antes de decorridos cinco anos a contar do descumprimento da moratória. Recurso desprovido.

(TJ/RS - Agravo n. 70049530975 - 22a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza - Fonte: DJ, 04.07.2012).

Parcelamento do crédito tributário não impede arrolamento de bens

Tributário e Processual Civil. Recurso Especial. Ação que objetivava o cancelamento de ato de arrolamento de bens e direitos. Art. 64 da Lei n. 9.635/1997. Crédito tributário em nome do devedor acima de R\$ 500.000,00 e que representa mais do que 30% de seu patrimônio conhecido. Adesão a parcelamento tributário (PAES - Lei n. 10.684/2003). Montante do débito tributário reduzido em razão dos benefícios fiscais. Irrelevância. 1. Recurso especial no qual se discute se a adesão do ora recorrente a parcelamento tributário, em 2003, no qual é previsto a redução de encargos de mora, que acaba por reduzir o montante original do crédito tributário para abaixo de R\$ 500.000,00, é razão para o cancelamento do arrolamento de seus bens, procedido pela Receita Federal, nos termos do art. 64 da Lei n. 9.532/1997, em razão de o débito fiscal atingir, à época (2001), o valor de R\$ 536.144,01, valor este que representaria mais de 30% do patrimônio conhecido do devedor. 2. Nos termos

do art. 64 da Lei n. 9.532/1997, a autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens, quando o valor dos créditos tributários da responsabilidade do devedor for superior a 30% de seu patrimônio conhecido, sendo que esse procedimento só é exigido da referida autoridade quando o crédito tributário for superior a R\$ 500.000,00.

3. Pelo que consta do acórdão recorrido, à época em que apurado o montante dos créditos tributários (2001), estava caracterizada a hipótese para arrolamento dos bens do devedor, ora recorrente.

4. Nos termos do art. 64, §§ 7º e 8º, da Lei n. 9.532/1997, o arrolamento de bens será cancelado nos casos em que o crédito tributário que lhe deu origem for liquidado antes da inscrição em dívida ativa ou, se após esta, for liquidado ou garantido na forma do art. 6.830/1980. Depreende-se, portanto, que, à luz da Lei n. 9.532/1997, o parcelamento do crédito tributário, hipótese de suspensão de sua exigibilidade, por si só, não é hipótese que autorize o cancelamento do arrolamento.

5. Recurso especial não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1236077/RS - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJe, 28.05.2012).

PIS e Cofins podem ser repassados ao consumidor por meio da fatura de energia elétrica

Apelação cível. Direito tributário. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. PIS e COFINS repassados nas faturas de energia elétrica. Cabimento do repasse. Improcedência da ação. Tratando-se de mera transferência econômica do custo do serviço, a carga tributária relativa a PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e devem arcar com tais custos, permanecendo inalterada a relação jurídico-tributária entre a concessionária e a União. Inteligência do art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95. Uniformização de Jurisprudência nº 70018180281, da 1ª

Turma Cível desta Corte. Repercussão geral. Precedentes do STJ e TJRS. Apelação a que se nega seguimento. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70049709967 - Três Passos - 22a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro - Fonte: DJ, 03.07.2012).

Transportador não responde na esfera tributária por extravio de mercadoria em período de suspensão de impostos

Tributário. Recurso especial. Imposto de importação. Mercadorias destinadas a loja franca. Regime de suspensão de impostos. Extravio e avarias. Responsabilidade do transportador. Não ocorrência. Recurso conhecido e não provido.

1. O transportador não responde no âmbito tributário por extravio ou avaria de mercadorias ocorrida na importação efetivada sob o regime de suspensão de impostos.

2. A suspensão funciona como uma espécie de isenção temporária, que se converte em definitiva, por assim dizer, no momento em que ocorre a comercialização do produto em loja franca.

3. Caso a importação se realizasse normalmente, não haveria tributação em virtude da isenção de caráter objetivo incidente sobre os bens importados. Logo, como houve extravio, não se pode falar em responsabilidade subjetiva do transportador, em razão da ausência de prejuízo fiscal.

4. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ - Rec. Especial n. 1101814/SP - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - Fonte: DJe, 29.05.2012).

Transporte interno de mercadorias destinadas à exportação não é isento do pagamento de PIS e Cofins

Recurso especial. Tributário. PIS e COFINS. Transporte interno de mercadorias destinadas à exportação. Situação não abrangida pela isenção do art. 14 da MP 2.158-35/2001. Interpretação neutra e não ampliativa da regra deso-

nerativa. Art. 111 do CTN.

1. O transporte interno de mercadorias entre o estabelecimento produtor e o porto ou aeroporto alfandegado, ainda que posteriormente exportadas, não configura transporte internacional de cargas, de molde a afastar a regra de isenção do PIS e da COFINS prevista no art. 14 da MP 2.158-35/2001.

2. A interpretação extensiva defendida pela impetrante e acolhida pelo aresto recorrido encontra óbice no CTN, especificamente no seu art. 111, inciso II, segundo o qual “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção”.

3. Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1251162/MG - 2a. T. - Ac. por maioria - Rel.: Min. Castro Meira - Fonte: DJe, 08.05.2012).

Verba de caráter indenizatório relacionada à atividade parlamentar não se sujeita ao Imposto de Renda

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Imposto de renda. Art. 43 do CTN. Verbas percebidas por parlamentares a título de ajuda de custo e pelo comparecimento a sessões extraordinárias. Natureza jurídica indenizatória. Não-incidência. Agravo improvido.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43 do CTN. Não se enquadra nesse conceito, portanto, as verbas de caráter indenizatório destinadas ao custeio de despesas relacionadas à atividade parlamentar.

2. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1269269/PE - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima - Fonte: DJe, 26.06.2012).

ALTERAÇÕES PROCESSADAS NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI 9.613/98

LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012

Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Art. 2º A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

I – (revogado);

II – (revogado);

III – (revogado);

IV – (revogado);

V – (revogado);

VI – (revogado);

VII – (revogado);

VIII – (revogado).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

.....

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

.....

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as

autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” (NR)

“Art. 2º

II – independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

III –

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.” (NR)

“Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o *caput* deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.” (NR)

“Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.” (NR)

“Art. 6º A pessoa responsável pela administração dos bens:

.....
 Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.” (NR)

“Art. 7º

I – a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

.....
 § 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação.” (NR)

“Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º praticados no estrangeiro.

.....
 § 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.” (NR)

“CAPÍTULO V

DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE”

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

.....
 Parágrafo único.

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

.....
 X – as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

.....
 XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII – as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV – pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI – as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e

XVIII – as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.” (NR)

“Art. 10.

.....
 III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V – deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

.....” (NR)

“Art. 11.

II – deverão comunicar ao Coaf, abstenendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e

b) das operações referidas no inciso I;

III – deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

.....

§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do *caput* aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º.” (NR)

“Art. 12.

II – multa pecuniária variável não superior:

a) ao dobro do valor da operação;

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

.....

IV – cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

.....

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

.....

II – não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III – deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

.....” (NR)

“Art. 16. O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

.....” (NR)

[...]

(D.O.U. de 10.07.2012, col. II, p. 1)

NOTA BONIJURIS: Para consultar a íntegra desta lei acesse www.bonijuris.com.br ou solicite pelo e-mail juridico@bonijuris.com.br

NOVAS SÚMULAS DO STJ

Súmula 478 – Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário.

Súmula 477 – A decadência do art. 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários.

Súmula 476 – O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário.

Súmula 475 – Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

Súmula 474 – A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez.

Súmula 473 – O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.

Súmula 472 – A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DAS EMPRESAS POR ELE CONTRATADAS – ADC 16/2010 X SÚMULA 331 DO TST

Matheus Vianna de Carvalho

Procurador da Fazenda Nacional

Anova redação conferida à Súmula 331 do TST, após a declaração formal de constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, afastou a responsabilidade do Estado pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas para prestar serviços ao ente público.

Antes de discutirmos a solução tomada pelo pleno do Tribunal Superior do Trabalho, fazem-se necessárias algumas considerações acerca da responsabilidade civil do Estado, bem como das relações contratuais da fazenda pública.

Do poder dever de fiscalização do contrato administrativo

Os contratos administrativos são aqueles que a Administração celebra sob o regime público, com todas as prerrogativas inerentes à condição de Estado. São regidos pela Lei 8.666/93, que estipula suas normas gerais. Neste sentido, seu artigo 58 estipula as chamadas cláusulas exorbitantes, implícitas em todos os contratos administrativos, não dependendo de previsão expressa na avença.

Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o tema, explicita que “as prerrogativas da Admi-

nistração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força de ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua ‘exorbitância’ ocorre em relação do Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns”.

De fato, todos os contratos celebrados pelo Estado, sob o regime público, gozam de prerrogativas decorrentes destas cláusulas exorbitantes, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Entre estas prerrogativas se encontra o poder que goza o ente público de *fiscalização* do objeto contratual. Em verdade, trata-se de verdadeiro poder-dever da administração pública, haja vista que, comprovada a ausência de fiscalização, o Estado poderá responder por omissão, por eventuais danos causados pela empresa.

A professora e doutrinadora **Fernanda Marinela**, acerca da fiscalização do contrato, expõe que “a fiscalização é o poder-dever da administração de fiscalizar efetivamente a execução do contrato administrativo e está previsto no art. 67 da mencionada lei, ao exigir que a execução do

contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-la e subsidiá-la de informações pertinentes a essa atribuição”.

Da responsabilidade civil do Estado por omissão

Por seu turno, a maioria da doutrina entende que a conduta omissiva do ente estatal gera responsabilidade civil. Com efeito, a falta de atuação do Estado não geraria responsabilidade objetiva, pura e simples, respondendo, nestes casos, desde que fique comprovada a má prestação do serviço ou prestação ineficiente de sua atividade.

Ressalte-se que a responsabilidade aplicável, neste caso, decorre da teoria da culpa do serviço ou *faute du service*. Relembre-se que tal teoria entende que a má prestação do serviço ou a prestação ineficiente geraria a responsabilidade subjetiva do Estado. Assim, não é necessária a comprovação da culpa do agente público, bastando a comprovação da má prestação de serviço.

A administração pública, ao ser alertada da necessidade de prestação de certo serviço, havendo a reiteração do problema, estará demonstrada a má prestação do serviço. Ex.: segurança pública. Situação de uma pessoa que é assaltada em frente a uma delegacia ou em uma rua onde os assaltos se tornaram frequentes.

Neste sentido, Fernanda Marinela ensina que “nas condutas omissivas, no não fazer do Estado, hoje a doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando assim o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento

subjetivo, a culpa e o dolo, admitindo a aplicação da culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação de que o serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada”.

Nesta esteira, entende-se que a ausência de fiscalização do contrato administrativo configura omissão relevante a ensejar responsabilização do ente estatal, caso essa má fiscalização enseje danos a terceiros.

Foi neste dia-pás que surgiu a nova redação da Súmula 331 do TST, visando à responsabilização do Estado que se omite na fiscalização dos contratos, caso esta omissão seja causadora do não pagamento de verbas trabalhistas ao empregado dessas empresas. Tratemos dela mais cautelosamente.

ADC 16 e a nova redação da Súmula 331 do TST

Conforme já explicitado, no dia 24 de novembro de 2010 (publicado no DJE e DOU de 03/12/2010) foi declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade 16/2010. O dispositivo legal declarado válido dispõe que:

“§ 1º 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.”

Ressalte-se que o texto da lei, ora em comento, sempre foi tra-

tado com profundo desprezo pela Justiça do Trabalho ou mesmo negligenciado pelos magistrados trabalhistas, que o aplicavam em sentido diametralmente oposto à Súmula 331 do TST, que, até então, determinava a responsabilidade subsidiária do Estado pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas.

Ocorre que, com a decisão da ADC 16, e, diante da grande demanda de causas trabalhistas em que o Estado figura como responsável subsidiário, o Judiciário trabalhista ficou sem rumo, não sabendo de que modo julgar as referidas causas. O fato é que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, não seria mais possível ignorar o texto legal.

O fato é que a responsabilização subsidiária do ente público colocava o trabalhador e até a empresa empregadora em uma zona de conforto indiscutível, por ter o ente público (sempre solvente) a lastrear estas relações de emprego.

Em verdade, a solução de todos os problemas estava ameaçada, haja vista o fato de que, até então, em última instância, não conseguindo o adimplemento dos débitos pela empresa, exigiria esta obrigação do Estado, apto a quitar os débitos e fazer “justiça social” com o dinheiro do contribuinte.

Com a finalidade de discutir a repercussão da decisão do STF nas demandas trabalhistas, o pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no dia 24 de maio de 2011, reuniu-

se para definir uma nova redação para a Súmula 331 do TST.

Desta forma, foi alterado o inciso IV e foram acrescentados dois novos incisos, ficando, da seguinte maneira, a nova redação da Súmula 331:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – 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 n. 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.”

Nota-se, claramente, que a intenção do tribunal foi de definir uma responsabilidade civil por omissão do Estado, em virtude na não fiscalização do contrato firmado, nos moldes determinados pelo artigo 58 da Lei 8.666/93. Assim, a responsabilidade do Estado não decorreria do “mero inadimplemento” das obrigações laborais da empresa, mas sim da “conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93” por parte do ente estatal.

Em um primeiro momento, parece lógico o novo raciocínio estampado no verbete, mas, em verdade, trata-se de manobra escancarada com a intenção de manter a responsabilidade do Estado pelos débitos da empresa contratada e contrariar, desta vez, não só a lei,

A AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO CONFIGURA OMISSÃO RELEVANTE A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO DO ENTE ESTATAL

como também a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal. Explique-se.

Primeiramente, caso se entenda que o Estado responde pela não fiscalização dos contratos administrativos, esta responsabilidade não é subsidiária, mas sim primária, por todos os danos decorrentes de sua omissão. Isso porque é indispensável que se enxergue a presença de duas relações jurídicas distintas na questão: a relação Estado X Contratado (relação de direito público) e a relação Empregador X Empregado (relação trabalhista).

Desta forma, caso o Estado deixe de fiscalizar o contrato administrativo celebrado e esta omissão enseje prejuízos a quaisquer pessoas (inclusive aos empregados), o Estado tem o dever de indenizar. No entanto, esta indenização não corresponde ao pagamento de salários e verbas trabalhistas, mas tão somente uma compensação determinada pelo juiz, pelos danos causados e, principalmente, por não se tratar de matéria laboral, não é sequer da competência da Justiça do Trabalho.

Defende-se, portanto, que o particular prejudicado pela omissão do Estado pode pleitear indenizações do ente público, no juízo competente (justiça comum), independentemente da responsabilização de terceiros. Logo, não há como sustentar uma responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez que o fundamento de sua responsabilização é diverso das obrigações das empresas contratada/empregadora.

Enfim, a nova redação da Súmula 331, mantendo a responsabilização subsidiária do ente público, viola a decisão do STF ora em comento.

O fato é que o judiciário trabalhista carece da imparcialidade exigida para a atividade judicante, sendo um órgão criado em prol do trabalhador. O que se vê, diuturnamente, é o juiz do trabalho atuando como verdadeiro advogado do trabalhador/reclamante, deixando, muitas vezes, de lado todos os princípios processuais, entre eles, a isonomia processual e a imparcialidade.

Com a decisão totalmente tendenciosa de manter a responsabilização do ente estatal por débitos trabalhistas de empresas privadas, a justiça trabalhista abre mão do interesse público e coloca o erário público à disposição dos trabalhadores privados, por

causa da visão jurisdicional de que os entes públicos devem ser os seguradores universais dos trabalhadores.

Ademais, nunca é tarde lembrar que o art. 70, § 1º, da Lei 8.666/93 é diploma legal válido e regular, constituído de forma democrática pelos representantes do povo e que não pode ser afastado por decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que não tem legitimidade para tanto, por não ter sido nomeado por indicação popular. Qualquer forma de burla ao disposto em lei fere de morte a democracia brasileira.

Conclusão

Desta forma, é imperioso destacar que o art. 70, § 1º, da Lei

8.666/93 é constitucional e ponto. Assim, qualquer manobra jurisdicional com vistas a aplicá-lo por vias transversas é frontalmente contrária à lei.

Logo, os entes públicos não podem ser responsabilizados, em hipótese alguma, pelas verbas trabalhistas decorrentes da terceirização e a Súmula 331, V, em sua novel redação está contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16. ■

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, v. I.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito administrativo*. Salvador: JusPODIUM, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2010.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Ímpetus, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

A VÍRGULA EM GERAL E NOS DISPOSITIVOS DE LEI

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

A vírgula parece ser o calcanhar-de-aquiles da língua escrita. Pelo menos é essa minha constatação em anos de prática de revisão de textos. Se no tempo do latim e do galaico-português não havia necessidade de vírgulas, este sinal passou a ser utilizado abusivamente alguns séculos depois de ter o latim se tornado língua morta. Nos dias de hoje, quando é enorme o volume de leitura exigido diariamente de qualquer pessoa, a tendência é escrevermos com menos vírgulas de modo a tornar a leitura mais fluida e rápida.

Acontece que o cérebro nos leva a fazer uma pausa mental a cada vírgula, o que acaba por alongar a leitura. Na verdade, a vírgula não é questão de fôlego, mas obedece a preceitos lógico-sintáticos. Portanto existem orientações e normas a serem seguidas. O preceito básico é usar a vírgula somente onde haja uma quebra da estrutura lógica da frase: a vírgula marca justamente um **deslocamento** de uma palavra, sintagma ou oração da sua ordem normal; ou um **parêntese**, uma **interrupção** do pensamento, que é o caso das duas vírgulas que marcam as intercalações.

Em outros termos: as palavras em sua posição natural não precisam de vírgula; isso quer dizer que **não se coloca vírgula entre sujeito e verbo, entre verbo e complementos** – desde que atendam a esse requisito da sequência natural sem intercalações ou deslocamentos.

Vejamos alguns exemplos, extraídos de fontes diversas, de períodos relativamente longos sem nenhuma vírgula:

O aspecto mais valioso das artes marciais japonesas é sua habilidade de desenvolver um ser humano aperfeiçoado através da prática de técnicas refinadas e magistrais que promovem um respeito à tradição e que se baseiam em anos de pensamento e ação criativos.

O artigo a ser publicado analisa o papel da revisão da bibliografia em trabalhos de pesquisa e aponta para as principais deficiências observadas em teses de mestrado e doutorado no que se refere a esse importante aspecto.

Ainda recentemente vi um professor assinalando como errado um parágrafo de um aluno com esta

observação: “Onde já se viu uma frase de quatro linhas sem nenhuma vírgula!” Pois aqui seguem mais dois enunciados modelares no tocante à pontuação:

Na versão final da Declaração da V Conferência Internacional sobre Educação de Adultos consta que somente o progresso centrado no ser humano e numa sociedade participativa baseada no respeito aos direitos humanos levará a um desenvolvimento sustentável e equitativo.

A natureza da tecnologia e os pressupostos e o processo das transformações organizacionais e gerenciais que consubstanciam o paradigma da integração e flexibilidade estão colocando problemas práticos para os quais a reflexão e as explicações teóricas produzidas até o momento ainda não foram suficientemente esclarecedoras.

Que ninguém vá agora sair por aí tirando todas as vírgulas do seu texto! Há aquelas corretas e **imprescindíveis**, como as que separam as orações adjetivas explicativas, assim com há as vírgulas **optativas**, igualmente corretas mas dispensáveis quando não se tem necessidade de enfatizar os elementos intercalados ou deslocados.

Depois dessas questões preliminares, vamos à indagação formulada pelo leitor Lauri Klein, de Porto Alegre: qual a razão das vírgulas em “o **Dec. 2.284, art. 2º**, prevê; cf. **art. 171, § 1º, II, b**, da CF”.

As vírgulas são usadas aí porque se faz uma quebra ou inversão da ordem direta com a colocação do maior antes do menor. Deve-se abrir e fechar com vírgulas cada segmento intercalado. Outro exemplo:

Assim, autorizam os caucionantes que se averbe junto ao imóvel a presente caução, nos termos **do inciso II, número 8, do art. 167 da Lei 6.015/73**.

Quando o dispositivo de lei é escrito do menor desdobramento para o maior (ordem lógica), não se usam vírgulas:

O **art. 37 da Lei 8.245/91** dispõe que o locador pode exigir do locatário três tipos de garantia.

Referiu-se ao imposto municipal avocando o **inciso I do § 2º do art. 132 da Constituição** do Estado.

BONI JURIS ONLINE

A MAIOR BIBLIOTECA ELETRÔNICA TITULADA DO PAÍS.

ARGUMENTOS JURÍDICOS & PETIÇÕES

Milhares de modelos de peças processuais e também de fundamentos jurídicos utilizados em instâncias judiciais

CLÁUSULAS & CONTRATOS

Minutas de instrumentos contratuais, de todas as áreas, e sugestão de cláusulas prontas para montar novos contratos

JURISPRUDÊNCIA

Acervo pré-pesquisado: direito civil, imobiliário, processo civil, administrativo, trabalhista, constitucional e tributário

DIREITO DO TRABALHO

Orientação trabalhista para empregados e empregadores, em artigos, decisões dos tribunais, leis, argumentos e muito mais

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Constituição, códigos, estatutos, leis especiais, leis ordinárias, de forma esquemática e fácil de pesquisar

DIREITO ADMINISTRATIVO

Doutrina, jurisprudência, legislação e prática processual voltada às prefeituras e órgãos públicos

DIREITO IMOBILIÁRIO

Orientação jurídica, legislação, jurisprudência e modelos práticos sobre locação, condomínio, compra e venda

O que é o Bonijuris?

É um Instituto de Pesquisas Jurídicas que possui uma equipe de pesquisadores e colaboradores que produzem conteúdos úteis e variados, visando levar informações jurídicas completas para seus leitores.

A história do Bonijuris começou em 1989 e, desde então, ele procura se manter atualizado para ser um instrumento para todos os que trabalham com a área do Direito, além de estudantes e estudiosos das Ciências Jurídicas. Atualmente, esse conhecimento se encontra disponível em revista e no site do Bonijuris.

Revista Bonijuris

A Revista Bonijuris é uma publicação mensal disponível nas versões on-line e impressa, com atualidades do direito, artigos e acórdãos de destaque e as últimas leis. É repertório autorizado pelo TST, STF e STJ.

PARA MAIS INFORMAÇÕES,
ACESSE WWW.BONI JURIS.COM.BR

The image shows a screenshot of the Bonijuris website interface and a magazine cover. The website header includes the logo 'Bonijuris Desde 1989' and navigation tabs: INICIAL, REVISTA, INSTITUCIONAL, CANAIS, CADASTRO, ATENDIMENTO, MAPA DO SITE. The main content area features a search bar, a login form, and a central banner for 'A maior biblioteca eletrônica titulada do país'. Below the banner are sections for 'Notícias (com fonte na íntegra)', 'Destques', and 'Produtos'. The magazine cover on the right is titled 'Revista Bonijuris' and lists various articles and authors.

APOIO INSTITUCIONAL

